

# **BOLETÍN DE LA**

# **ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA**

# **Y LEGISLACIÓN DE BALEARES**

## **VII**

PALMA DE MALLORCA, 2004

Con la colaboración de:



**Parlament de les Illes Balears**

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA  
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51  
07001 Palma de Mallorca  
Depósito Legal: P.M. 981 - 1989

# SUMARIO

- «Una reflexió, al començament del segle XXI,  
sobre la vigència a Mallorca i Menorca dels  
principis successoris romans» Discurso  
de Apertura del Curso, pronunciado el 26 de Noviembre  
de 2003, del Ilmo. Sr. D. MIQUEL MASOT MIQUEL . . . . . pág. 5
- «La institució pitiüsa de l'acolliment en una  
quarta part dels milloraments»  
Sra. DÑA. OLGA CARDONA GUASCH . . . . . pág. 35
- «Un impulso al Derecho civil balear: Los contornos  
del Derecho civil balear»  
Sra. DÑA. FRANCESCA LLODRA GRIMALT . . . . . pág. 77
- «El recurso de Casación civil en materia de  
Derecho privativo»  
Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMÉNEZ . . . . . pág. 119



# **“UNA REFLEXIÓ, AL COMENÇAMENT DEL SEGLE XXI, SOBRE LA VIGÈNCIA A MALLORCA I MENORCA DELS PRINCIPIIS SUCCESSORIS ROMANS”**

**DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO  
PRONUNCIADO EL 26 DE NOVIEMBRE  
DE 2003 POR EL ACADÉMICO  
ILMO. SR. D. MIQUEL MASOT MIQUEL,  
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTICIA DE BALEARES**

## **SUMARI**

**I.- INTRODUCCIÓ.**

**II.- REFERÈNCIA HISTÒRICA ALS PRINCIPIIS SUCCESSORIS ROMANS.**

**III.- LA NECESSITAT DE LA INSTITUCIÓ D'HEREU PER A LA VALIDESA DEL TESTAMENT.**

- 1) Les conseqüències del fet de no emprar-se en el testament la paraula “hereu”.
- 2) Ineficàcia del testament –i, per tant, també de la institució d’hereu– en els supòsits de premoriència, repudiació o falta d’acceptació de l’hereu.
- 3) Supòsits excepcionals de testaments sense institució d’hereu.

**IV.- LA UNIVERSALITAT DE LA SUCCESSIÓ DE L'HEREU.**

- 1) La institució d’hereu ex re certa.

- 2) La institució d'hereu només en usdefruit.
- 3) Els supòsits d'acreixement.

#### V.- LA PERDURABILITAT DE LA CONDICIÓN D'HEREU.

- 1) Les substitucions fideicomissàries condicionals i a termini.
- 2) La institució d'hereu modal.
- 3) La institució d'hereu a favor del cònjuge supervivent a condició que no es torni a casar.
- 4) La institució d'hereu condicionada a la no impugnació del testament.

#### VI.- LA INCOMPATIBILITAT DE LES SUCCESSIONS TESTADA I INTSTADA.

#### VII.- CONCLUSIONS FINALS.

## I.- INTRODUCCIÓ.

Tal vegada sigui oportú, quan ha de tractarse de qüestions una mica àrides, començar per contar una anècdota i la que els contaré és, a més, històrica, tan real com la vida mateixa.

Corria l'any 1972 i era Degà del Col·legi d'Advocats de Balears el prestigiós Jurista Andreu Rullán Castañer. El seu deganat va conèixer moltes realitzacions i projectes; va ésser una d'elles la creació d'una Comissió per donar compliment a la Disposició Adicional de la Compilació de 1961, que establia la formulació, cada 10 anys, d'una memòria relativa als assumptes civils en els Jutjats i Tribunals del territori de l'Audiència de Palma, comprensiva de les omissions y deficiències observades en la Compilació i de les dificultats originades per l'aplicació dels seus preceptes, a fi de redactar i elevar al Govern de l'Estat la Memòria i el corresponent projecte de reforma.

La realitat és que havien ja passat 10 anys des de la promulgació de la Compilació de 1961 i res s'havia fet del que disposava la norma esmentada.

Per aixó, un home emprenedor com era Andreu Rullán prest va iniciar els tràmits pel nomanament i funcionament de la Comissió. I varen voler les circumstàncies que en formés part, en representació de la "Asociación de Abogados Jóvenes", que funcionava en el Col·legi sota la presidència de Félix Pons Irazazábal. En realitat era ell –com a President de l'Associació– qui tenia més dret que ningú a formar-ne part, però la realitat política del moment, que tenia totalment ocupat Félix Pons en l'oposició a un règim que estava arribant a la seva presumible i pròxima extinció, va ésser determinant perquè assistís a la Comissió el Vicepresident de l'Associació, càrrec que aleshores jo exercia. El cert es que me vaig trobar de cop i volta amb els juristes més prestigiosos de la nostra societat tractant de les estimades institucions del Dret civil balear. Allà estaven els coneguts Notaris Clar i

Chacártegui, l'enyorat Francesc Noguera, President de la Sala de lo Civil de l'Audiència Territorial, el Registrador de la Propietat Jaume Morey, els prestigiosos Lletrats Miquel Coll, Andreu Rullán i Josep Zaforteza, a més del benvolgut Lluís Pascual González, al qual tant d'agraïment devem els estudiosos del nostre Dret, ja que el seu "Derecho civil de Mallorca" té molt que veure amb la conservació del Dret foral durant èpoques de forta embestida centralista.

Per aquelles dates Lluís Pascual estava ja molt delicat de salut, raó per la qual jo l'anava a cercar a casa seva amb el meu cotxe per portar-lo fins a la seu del Col·legi d'Advocats on se celebraven les reunions –llavors encara es podia circular per Palma– per acompanyar-lo després al seu domicili. Un dia el tema a tractar varen esser els principis successoris i, després d'haver debatut àmpliament la qüestió, un dels membres de la Comissió va dir, més o menys, aquestes paraules: "no olvidemos que estamos en 1972 y que, dentro de unos años, sin darnos cuenta, estaremos en el 2000. Hemos de ser conscientes que legislamos para el siglo XXI, y ello nos lleva a la conclusión de que hay que desprenderse de estas antiguallas que durante tanto tiempo han lastrado nuestro Derecho, pues no tiene sentido que rijan la sucesión de las personas de estas Islas unos principios procedentes del viejo Derecho romano".

Mentre es deien aquestes paraules, Lluís Pascual s'aixecà i començà a avançar cap a la porta. Pensant que no és trobava bé, jo vaig fer el mateix; emperò, davant la sorpresa general, es va girar sobtadament i ens va dir molt seriosament: "nunca creí que viniéramos aquí para enterrar nuestro Derecho foral. Si me han llamado para hacer de enterrador que busquen a otro".

Idò bè, aquesta és la qüestió sobre la qual vos propòs fer aquesta nit una petita reflexió. Ha arribat el moment d'enterrar els principis romans que encara –i des de fa segles– fonamenten les transmissions mortis causa a Mallorca i Menorca? O, contràriament, són aquests principis encara vàlids per a constituir les columnes que suporten el pes de l'edifici successori? Veritablement la contestació a aquestes preguntes ens exigeix fer un seriós estudi d'aquests principis, examinant amb atenció la problemàtica que plantejen i, en especial, comprovar si la realitat social demana encara la seva pervivència.

Permeteu-me, però, que abans d'entrar en matèria finalitzi aquesta introducció fent referència a dues qüestions que necessàriament s'han de



tenir en compte quan es va a tractar dels principis successoris.

En primer lloc posar de relleu la gran importància que els principis generals han passat a tenir dins el sistema de fons del nostre Dret, després de la reforma operada per la llei 8/1990 de 28 de juny del Parlament balear, ja que, a més d'ésser directament aplicables a falta de llei o costum, actuen també com a vàlvula de tancament, per impedir l'entrada al nostre Dret del Codi civil i les altres lleis estatals quan aquestes siguin contraries a ells, tot aixó sense desconèixer el seu caràcter d'element d'interpretació i d'integració del nostre Ordenament Juridic.

La segona consideració a fer va enllaçada amb el títol de la conferència, en el qual es fa referència, tant sols, a les Illes de Mallorca i Menora. És així perquè els principis successoris romans no regeixen a Eivissa i Formentera, ja que l'article 69.2 de la Compilació ens diu que el testament i el pacte successori seran vàlids encara que no contenguin institució d'hereu o que aquesta no compregui la totalitat dels béns.

Com comenta Cerdá Gimeno “los principios esenciales y solemnes de la legislación romana, tales como la imposibilidad de coexistencia de herederos testamentarios y legítimos y la obligatoriedad de la institución de heredero... se esfumaron hace muchos años de nuestra vida jurídica, y ahora, ni obligan ni se recuerdan más que como perspectiva histórica. No se tiene en cuenta desde tiempo inmemorial el principio romano “nemo pro parte testatus et pro parte intestatus morietur”, disponiendo el testador ibicenco en muchas y frecuentes ocasiones de parte de sus bienes, falleciendo ab intestato de otros, y es también frecuente que no contenga el acto de última voluntad institución de heredero y sólo de legatarios, y sin embargo, el testamento, absolutamente válido, causa su correspondiente inscripción registral y nunca es impugnado. Si rigiese el Derecho romano en materia de sucesiones, ¿podría admitirse todo lo expuesto?. Sólo el mencionarlo sería una herejía jurídica”.

## **II.- REFERÈNCIA HISTÒRICA ALS PRINCIPIS SUCCESSORIS ROMANS.**

S'ha dit que aquests varen suposar la pervivència fins a l'època de Justinia dels essencials caràcters de la successió a les primeres etapes del Dret romà.

Segons la tesi historicista de Bonfante –no seguida per tots els romanistes, ja se sap que als juristes ens costa molt posar-nos d'acord– en el primitiu Dret romà la successió tenia un caràcter marcadament polític: l'herència aleshores era la successió en el poder sobirà del cap de la gran família agnàtica i l'adquisició per l'hereu del patrimoni del causant no era sinó una conseqüència d'aquesta successió en la sobirania del grup. Necessàriament la família havia de tenir un cap, ja que així ho exigia la seva defensa, tant per mantenir l'ordre del grup com per defensar-se dels enemics. L'hereu es convertia així en el nou cap de la gran família agnàtica, a qui es transmetia el patrimoni del causant, col·locant-se **in locum et ius** d'aquest.

Però, quan es va arribar a l'època històrica, és obvi que la família havia deixat d' ésser un òrgan polític i l'antiga successió en la direcció del grup s'havia convertit en la simple successió en la titularitat d'un patrimoni. Però el gran sentit jurídic –a la llarga gran sentit comú– del poble romà va mantenir la vigència dels principis successoris; i ho va fer per una raó molt simple: perquè d'aquesta manera es reforçava la figura de l'hereu, que constituïa la pedra clau de la successió romana. De fet, s'ha pogut dir –encara que simplificant la qüestió– que just hi ha dos possibles sistemes de transmissió hereditària: el sistema llatí, en el qual la successió gravita entorn a l'hereu i el sistema anglo-americà, on la figura clau és el liquidador del patrimoni hereditari. I reforçant la figura de l'hereu s'afavoria també la conservació del patrimoni hereditari, que sempre estava adscrit a una persona a la qual corresponia la seva titularitat i direcció.

I, certament, vist des d'aquesta perspectiva històrica, s'expliquen perfectament els principis successoris romans.

Tot testament ha d'incloure institució d'hereu –òbviament a favor d'una o de diverses persones– perquè l'antiga família agnàtica no podia quedar-se sense direcció, com després el patrimoni hereditari tampoc no era convenient que es quedés orfe de titular. Som al davant del principi de la necessitat de la institució d'hereu.

L'hereu succeeix en la universalitat de l'herència ja que, al posicionar-se en el lloc de l'antic titular, en el seu **locum et ius**, el succeeix en el conjunt dels seus béns, drets, deutes, accions i obligacions, amb les úniques excepcions del béns atribuïts per la via del llegat i el que necessàriament haurà de recaure en els llegitimaris del causant. És el principi d'universalitat de la successió de l'hereu.

Si és convenient que sempre hi hagi un titular del patrimoni hereditari –i abans un cap de la gran família agnàtica– és lògic que no pugui limitar-se la institució d'hereu amb condicions resolutòries que, al complir-se, deixarien sense efecte la institució, com tampoc amb terminis suspensius o resolutoris que ens posarien al davant d'hereus temporals. És el principi de la perdurabilitat de la institució d'hereu, encarnat en el vell aforisme **semel heres semper heres**.

I si necessàriament hi ha d'haver un hereu, que està en principi cridat a tots els béns de l'herència, on no es poden donar porcions vacants, i que, a més, no deixarà de ser hereu pel joc de terminis o condicionaments, és clar que resulta absolutament innecessària la successió intestada, amb tot el qual ens apareix el principi d'incompatibilitat de les dues successions, segons la dita del també vell aforisme **nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest**.

En canvi, i com és sabut, altres Ordenaments jurídics no mantenen aquests principis. I entre ells el Codi civil, el qual estableix d'entrada, a l'article 764, que el testament serà vàlid encara que no inclogui institució d'hereu o aquesta no compregui la totalitat dels béns, es poden imposar terminis i condicions tant suspensius com resolutoris a la institució d'hereu (articles 790 i 805 del Codi civil) i els articles 658 i 764 permeten la concurrència de la successió testada amb la intestada.

Feta, dons, aquesta obligada referència general als principis successoris romans, és hora d'aterrar dins l'àmbit més reduït del nostre Dret i començar a fer una passetjada –tal vegada per algú de vostés serà un via crucis, ja que la matèria és àrida– per la regulació que fa la nostra Compilació dels principis successoris abans exposats, particularment per posar de relleu la problemàtica que planteja el seu ajust –o desajustament– amb la realitat social.

### **III.- LA NECESSITAT DE LA INSTITUCIÓ D'HEREU PER A LA VALIDESA DEL TESTAMENT.**

Així es diu en el paràgraf 2 títol 12 Llibre II de la Instituta (“alioquin inutile este testamentum un quo nemo heres instituitur”) i al paràgraf 34 títol 20 de l'indicat llibre es considera la institució d'hereu com a “caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti”.

La Compilació ha recollit aquest principi a l'article 14, on diu que la

institució d'hereu és requisit essencial per a la validesa del testament.

Es podria assenyalar que les qüestions que fonamentalment es susciten son les següents:

### **1) Les conseqüències del fet de no emprar-se en el testament la paraula “hereu”.**

Obviament això no es produirà en els testament notariais, però sí ha passat amb molta freqüència en els testaments hològrafs, en els que no hi ha assessorament del Notari.

Amb el propòsit de salvar aquests testaments, quan està clara la intenció del testador de designar successor, a pesar de no emprar-se la paraula adequada, demanavem que al nou projecte de text compilat –que va ésser la llei de 8/1990 de 28 de juny– s'inclogués una disposició similar a l'article 109 de la Compilació catalana –avui, amb una lleu modificació, article 137 del Codi de successions per causa de mort a Catalunya–, segons el qual el simple fet d'emprar-se pel testador el nom o la qualitat d'hereu o la disposició a títol universal encara que no s'utilitzi aquella paraula, sempre que sigui clara la voluntat d'atribuir al afavorit la condició de successor en tot el seu dret o en una part d'aquest implicarà la institució d'hereu.

El text de la Compilació balear és més simple i directe. El segon paràgraf de l'article 14 assenyala que “encara que no s'utilitzi la paraula hereu, qualsevol disposició del testador que atribueixi clarament a l'afavorit aquesta qualitat, valdrà com a feta a títol universal.

És per tant, la intenció del testador –segon es deduesqui de les paraules utilitzades– l'element clau per derivar la conclusió que s'ha volgut designar un o uns successors universals. Per això, tal vegada, i sempre segons les circumstàncies del cas, es podria deduir la designació d'hereu de l'atribució d'uns béns concrets, sempre que suposin amb molta diferència la part més important i essencial del patrimoni del difunt.

### **2) Ineficàcia del testament –i, per tant, també de la institució d'hereu– en els supòsits de premoriència, repudiació o falta d'acceptació de l'hereu.**

En aquests supòsits el testament era vàlid ja que incloïa la institució d'hereu si bè aquesta –per les raons apuntades– no hauria fet efecte, fora que

—en el cas de la premoriència— el testador hagués previst una substitució vulgar.

Es obvi que en aquests casos el que convé és obrir la successió intestada; però com queden les disposicions a títol particular —llegats— incloses en el testament? És possible que la ineficàcia del testament arrossegui també aquestes disposicions?

Precisament, en el sistema del Codi civil aquests llegats quedarien salvats per la disposició de l'article 764, segons el qual correspon en aquest cas “cumplir las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y pasar el remanente de los bienes a los herederos legítimos”.

Però també seria avui possible aquesta solució dins el nostre Dret, particularment pel que fa a les herències de persones que han mort després de l'entrada en vigor de la llei de 28 de juny de 1990 del Parlament balear.

En el Dret romà —i també a la Compilació de 1961— la ineficàcia del testament produïa també la dels llegats que es disposaven, llevat que el testament contingués la clàusula codicilar, ja que l'article 17 in fine de la Compilació de 1961 ens deia que “el testamento podrá contener la cláusula de que si no pudiera valer como tal valga como codicilo”. Com sigui que el codicil podia concórrer amb la successió intestada —però no el testament—, just quan el Notari autoritzant havia tingut la precaució d'incloure la clàusula codicilar valien els llegats disposats en el testament, que aleshores passava a ésser un codicil.

Però el cert es que, a pesar de les seves evidents aventatges, no era freqüent l'ús de la clàusula codicilar, raó per la qual l'article 17 de l'actual Compilació estableix la **conversió automàtica**, assenyalant que “el testament ineficaz valdrà com a codicil si reuneix els requisits a què es refereix el paràgraf anterior (mateixa capacitat i mateixes formalitats externes que els testaments) i no és declarat nul per pretirició no intencional de llegitimaris”.

Quan es d'aplicació aquest precepte —per la data de mort del causant— és clar que en aquests supòsits de falta de l'hereu instituït al moment de obertura de la successió per premoriència, renúncia o falta d'acceptació, seran vàlids els llegats ordenats en el testament, que hauran d'ésser lliurats pels hereus ab intestato.

I la mateixa conseqüència es produirà pel que fa a l'herència de persones mortes abans de l'entrada en vigor de la llei de 28 de juny de 1990 quan és

va tenir la precaució d'incloure en el testament la clàusula codicilar.

### **3) Supòsits excepcionals de testaments sense institució d' hereu.**

Quan, fa anys, em dedicava a l'ensenyament del Dret a la Universitat, les primeres paraules que dirigia als alumnes eran per dir que en el Dret difícilment es troben veritats absolutes i que totes les regles generals solen tenir també les correlatives excepcions.

Per això, no és estrany que també aquí en trobem, i possiblement, podrien constituir excepcions del principi de la necessitat d'institució d'hereu els supòsits del testament revocatori i del reconeixement de fill extramatrimonial fet mitjançant testament segons l'article 120.1 del Codi civil.

No se'm digui que acudesc a casos de laboratori. Recentment, durant un curs de Dret civil balear organitzat per l'Associació d'Advocats Matrimonialistes, en ocasió de parlar dels principis successoris, una Lletrada va contar que va visitar dos Notaris per atorgar un testament revocatori d'un anterior, ja que el designat hereu en aquest no tenia ja el seu afecte i estima, i, per altra part, tampoc no hi havia altres persones a les que volgués designar nous hereus. El cert és que cap dels dos fedataris va voler autoritzar aquest testament.

El testament revocatori és generalment admés dins el Dret successori. Lacruz assenyala que al atorgar un testament revocatori s'expressa un contingut de voluntat: es vol que la seva darrera voluntat no sigui la que es conté en el testament revocat, el qual no deixa d'esser dictar una darrera voluntat, encara que sigui per la seva relació amb una altra. Indica també aquest autor que la institució ve acceptada per sentències del Tribunal Suprem.

Per altre part, és admés en el Codi civil (art. 120.1º) que el reconeixement de la filiació no matrimonial es pugui realitzar mitjançant testament, com també per compareixença davant l'encarregat del Registre Civil o en virtut de manifestació en document públic.

Crec que per enfocar correctament la qüestió de la possible validesa d'aquestes figures dins el Dret successori de Mallorca i Menorca, s'ha de partir del fet evident que es tracta de testaments de caràcter excepcional, ja que no tenen per objecte ordenar la successió d'una persona. Si fos així, no

hi ha cap dubte que el testament hauria de contenir institució d'hereu, ja que sense ell no hi ha successió possible. En canvi, en els dos casos que es contemplen, el que es fa és simplement anul·lar una anterior disposició de darrera voluntat –però sense dictar-ne una de nova– i aprofitar el motlle formal del testament per dictar una disposició que no té cap contingut successori, com és el reconeixement d'un fill extramatrimonial.

Acabam ja aquest primer apartat tot recordant que el principi de la necessitat de la institució d'hereu és congruent amb el fet d'estructurar-se tota la successió en els sistemes llatins –tal com abans s'ha dit– al voltant de la figura de l'hereu, el que fa que resulti lògic que, ja d'entrada, s'exiguesqui la seva menció en el testament.

És veritat que en el sistema del C.c. és vàlid el testament sense institució d'hereu, però de tots els testaments que s'atorguen on regeix amb plenitud el Codi civil hi ha un 99 per 100 que sí la contenen. I és que, com va dir amb paraules rellevants Vallet de Goytisolo –tota una autoritat en aquestes matèries– una cosa es la necessitat de la institució d'hereu per a la validesa del testament i una altra la necessitat d'hereu en la successió, plantejant-se la qüestió de “si el Código civil no ha ido más lejos de donde llegaron sus precedentes, pasando del principio castellano de la innecesidad de la institución de heredero para la validez del testamento al principio de la innecesidad de la existencia del heredero en la sucesión”.

#### **IV.- LA UNIVERSALITAT DE LA SUCCESSIÓ DE L'HEREU.**

L'hereu és cridat a tots els béns, drets, obligacions i deutes del causant, és a dir a la universalitat del seu patrimoni, amb les úniques excepcions dels béns especialment llegats i dels que puguin reclamar els legítimaris.

Així es disposava en els textos romans: Digesto, Llibre XXVIII, títol V, Llei 13<sup>a</sup>, paràgraf 2<sup>o</sup>, Instituta, Llibre II, títol 14<sup>o</sup>, paràgraf 5<sup>o</sup>.

I ho assenyala l'article 15 de la Compilació, quan diu “l'hereu o hereus instituïts només en cosa certa, quan concorrin amb l'hereu o hereus instituïts sense aquesta assignació, seran considerats com a simples legataris. Però, si l'hereu únic o tots els hereus instituïts ho són en cosa certa, es consideraran

legataris i, quant a la resta de l'herència, tendran el caràcter d'hereus universals, per parts iguals si fossin diversos". Per la seva part, l'article 24 diu que "les quotes hereditàries vacants per la no actuació del dret d'acréixer o perquè no n'ha disposat el testador, incrementaran, necessàriament i proporcionalment, les dels altres hereus instituïts que arribin a ser-ho efectivament".

El sistema és radicalment distint del Codi civil on l'article 764 estableix que el testament és vàlid a pesar que "no comprenda la totalidad de los bienes, debiéndose en este caso cumplir las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y pasar el remanente de los bienes a los herederos legítimos".

Precisament s'ha dit, en defensa del sistema del Codi civil, que si el testador pot disposar de la totalitat de la seva herència, per què no respectar la seva voluntat si aquesta és disposar just de part d'ella ordenant uns llegats? És un poc allò de "quien puede lo más puede lo menos".

Però el que és cert és que també dins el nostre Dret és perfectament possible una disposició limitada als llegats. L'únic condicionament és que això s'haurà de fer per la via del codicil i no del testament. Precisament una sentència de l'Audiència Provincial (Secció 3<sup>a</sup>) de 8 de novembre de 2002 fa referència a la figura del codicil ab intestato, cas en el que seràn els hereus legítims els qui haurán de fer el lliurament dels llegats. Per tant, el principi d'universalitat no impedeix aquesta possibilitat dintre del nostre Dret.

El fonament de aquest principi es troba en la conveniència d'evitar la concurrència dins una mateixa successió de dues classes d'hereus: els designats en el testament i els designats per la llei, considerant-se que uns i altres podrien introduir conflictivitat dins la successió. Quan en el testament no es disposen de tots els béns, no hi ha sinó dues solucions: o obrir la successió intestada pel que fa als béns o quotes hereditàries no disposats o donar a la condició d'hereu caràcter expansiu a fi que obtengui tots els béns. En el Dret romà es considerava que aquesta segona solució no era sinó una conseqüència del fet de posar-se l'hereu **in locum et ius** del causant; i també es partia de la base que als parents que, el cap i a la fi, herederien per successió intestada, el testador ni tan sols els va nominar en el seu testament, a diferència de l'hereu designat, encara que just en una part de l'herència. Això permetia presumir que la voluntat del testador estava més a prop que l'hereu designat accedís a les porcions vacants abans que



aquestes passassin a uns parents, respecte dels que no es podia pensar que els tingués en gran estima, quan ni tan sols els va nominar en el testament.

Passam a estudiar la problemàtica del principi, centrada en els tres temes que s'indiquen a continuació.

### 1) La institució d'hereu **ex re certa**.

No és fàcil que la trobem en els testaments autoritzats per Notari però apareix freqüentment en els hològrafs.

La institució d'hereu **ex re certa** suposa una **contradictio in terminis** ja que s'assigna un bé concret a una persona que –per la seva condició d'hereu– està cridada a la universalitat de l'herència. Per això no és estrany que autors com Biondi considerassin que una disposició d'aquest tipus havia d'esser anul·lada per la seva ambigüitat.

En el Dret romà la contradicció va ésser superada donant preferència al **nomen iuris** sobre la **assignatio**, establint que l'hereu **ex re certa** seria llegatari de la cosa assignada i hereu de la resta de l'herència, en cas de no concórrer amb altres hereus designats pel testador.

Com hem vist, l'article 15 de la Compilació dona una solució similar, a diferència de l'article 768 del Codi civil que diu que l'hereu instituït en una cosa certa i determinada serà considerat com a llegatari, passant la resta de l'herència als hereus intestats si no hi ha altres hereus en el testament.

Realment no falta qui ha dit que la solució legal no sempre es pot seguir, i no deixa de ésser precipitada, ja que prèviament s'haurà d'examinar i ponderar quina ha estat la real voluntat del testador.

Passant a examinar la problemàtica de la institució **ex re certa** dins del nostre Dret, poden plantejar-se aquestes qüestions:

A) Pot donar-se la possibilitat que el testador hagi repartit tots els seus béns assignant-los als designats hereus, de tal manera que no hi hagi “resta de l'herència”.

Al Dret romà –ens diu Verger Garau– preveia el **nomen iuris**, i, així, es considerava que tots els hereus ho eren per parts iguals, quedant sense efecte les assignacions. Però aquesta solució era certament poc respectuosa amb la voluntat del testador, per la qual cosa es va passar a la solució contrària donant preferència a l'assignació; es considerava que realment s'estava al davant d'un testament particional en el que el testador havia

realitzat ja la partió del béns entre els designats hereus. Sense cap dubte aquesta podria ésser la solució que el nostre Dret podria acollir.

B) Pot presentar algun problema –en aquest cas d’inexistència de resta de l’herència– la responsabilitat quant al pagament dels deutes hereditaris. Quedi clar que m’estic referint a l’àmbit intern de la responsabilitat, ja que cada un dels hereus respon solidàriament d’aquests deutes en front dels acreedors de l’herència, pel joc dels articles 1084 i 1085 del Codi civil, vigents dins el nostre Dret. Però el problema es presenta quan l’hereu que ha pagat un deute hereditari reclama la part que correspon pagar a cada un dels altres hereus. Com es determina aquesta?

Quan hi ha resta de l’herència, és clar que els hereus que reben aquesta resta ho són per parts iguals –tal com diu l’article 15 de la Compilació– i per tant, en la relació interna entre els hereus, el deute es considerarà dividit en tantes parts com hereus hi hagi i cada un respondrà de la seva part. Però, i si no hi ha resta de l’herència?

Del fet que l’article 15 Compilació assenyala que seran hereus per parts iguals, tal vegada es podria deduir que tots els instituïts hereus en cosa certa han de contribuir d’igual manera, sigui quin sigui el valor dels béns assignats. Verger Garau diu –amb raó– que seria una solució menys equitativa però més simple.

Però, certament, el que la justícia distributiva demana és que la contribució al pagament dels deutes hereditaris es mesuri segons el valor dels béns assignats, ja que aquí no existeix resta de l’herència de la que els instituïts en puguin prendre possessió com a hereus. I és possible que aquesta solució –sense cap dubte la més equitativa– es pugui introduir dins el nostre Dret, tot considerant que no existeix especialitat foral quant al pagament dels deutes hereditaris, amb el que es podria donar entrada als preceptes del Codi civil que regulen la qüestió i, en especial, a l’article 1085, segons el qual “el coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia podrá reclamar a los demás su parte proporcional”. És una solució similar a la prevista per l’article 891 del Código civil pel cas que tota l’herència es distribuesqui en llegats.

## **2) La institució d’hereu només en usdefruit.**

En el Dret romà i també a la Compilació l’hereu instituït només en usdefruit és equiparat a l’instituït en cosa certa; i això és lògic donat que l’usdefruit no deixa d’ésser una cosa concreta i determinada: els drets d’usar

i fruir d'uns béns.

Per això segueix les regles de l'article 15, considerant-se simple llegatari o hereu segons concorri o no a l'herència amb altres hereus instituïts sense aquesta limitació. La institució d'hereu en l'usdefruit de l'herència es dona amb freqüència, ja que molts testadors l'estableixen a favor del cònjuge, si bé també és freqüent –en els testaments notariais– que aquesta disposició es faci a títol de llegat. Dins el pròxim principi a tractar –la perdurabilitat de l'hereu– examinaré aquesta qüestió.

Per altra part, quan la institució d'hereu en usdefruit comprén la totalitat de l'herència i hi ha persones que puguin reclamar la llegítima sol anar acompanyada de la **cautela socini** a la que es refereix l'article 49 Compilació.

També aquí hi ha dues qüestions a tractar:

A) La primera resulta del darrer paràgraf de l'article 15 en el que és diu “l'hereu instituït en usdefruit tendrà, sempre que la voluntat del testador no fos un altre, el caràcter d'hereu fiduciari si per a després de la mort d'aquest s'hagués instituït un altre hereu, el qual es considerarà com a hereu fideïcomissari. Si aquest no arribava a ser-ho, l'instituït en usdefruit serà l'hereu universal, pur i lliure”.

El precepte –com veurem amb més amplitud– elimina qualsevol dubte respecte de la compatibilitat de la institució d'hereu en l'usdefruit de la herència amb el principi de perdurabilitat, ja que és clar que les substitucions fideïcomissàries no suposen infracció d'aquest principi. Però l'assimilació amb el fiduciari no deixa de presentar un problema: si tendrà o no l'hereu instituït només en usdefruit dret a la quarta trebel·liànica i a la possible venda dels béns usufructuats ex article 34 Compilació.

No sembla possible que es pugui detreure en aquest cas la quarta trebel·liànica, a menys que en el testament es digui clarament.

Si no fos així, tal facultat no harmonitza amb el concepte d'usdefruit, tal com es deriva de l'article 467 del Codi civil, segons el qual “el usufructo da derecho a conservar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”. Veritablement, l'usdefruit està configurat com un **ius in re aliena** i, no ja jurídicament, sinó fins i tot vulgarment així es considera, per la qual cosa en la concepció popular del mot no pareix

possible que quan el testador empra la paraula “usdefruit” inclogui la possibilitat que l’usufructuari retengui en propietat una quarta part de l’herència.

Quant a la possibilitat de venda per l’usufructuari dels béns de l’herència, seria factible si es tracta d’un usdefruit amb facultat de disposar; en els testaments és concedeix en ocasions al cònjuge viudo aquesta facultat, lligada generalment a la necessitat de mantenir el nivell de vida habitual.

També seria possible la venda dels béns usufructuats per pagament de lligítimes, deutes i càrregues de l’herència, si bé amb la intervenció de tots els hereus.

Pel que fa a la venda per part de l’usufructuari d’aquests béns a fi d’invertir l’import obtingut en altres de més utilitat –de manera similar al que disposa l’article 34 Compilació per al fiduciari– no apareix això conciliable amb l’estructura de l’usdefruit, en el que impera el principi **salva rerum substantia**.

B) Per altra part, el paràgraf tercer de l’article 15 al.ludeix a la possibilitat que l’instituït en l’usdefruit de l’herència tengui sols el caràcter de llegatari per concórrer amb hereus instituïts sense aquesta limitació, per establir a continuació que, en aquests cassos, tindrà –tret de disposició contrària del testador– la facultat de prendre possessió per si mateix dels béns objecte del seu dret, sempre que no hi hagués llegitimaris.

De manera general el lliurament dels llegats correspon –si no hi ha comptador partidor– a l’hereu; i, excepcionalment, els marmessors podran lliurar els llegats en metàl·lic, si bé amb el coneixement i l’autorització de l’hereu (art. 902 C.c.).

L’excepció que suposa el precepte de la Compilació té a veure amb el fet que l’hereu usufructuari exercitarà de manera immediata els drets d’ús i gaudi de l’herència –inherents a l’usdefruit– i també amb el fet que l’hereu instituït en l’usdefruit de l’herència sigui normalment el cònjuge viudo, podent-se presentar problemes en el lliurament de l’herència per l’oposició dels hereus instituïts **post mortem usufructuari**.

En tot cas, és lògic que no pugui gaudir d’aquesta facultat quan hi ha legítimaris, ja que mentrestant no estan pagades les lligítimes, no estaran concretats els béns respecte dels quals podrà exercitar el seu dret d’usdefruit.

### 3) Els supòsits d'acreixement.

És conseqüència del principi d'universalitat –i també de la incompatibilitat de les successions testada i intestada– el dret de l'hereu instituït a fer seves les porcions vacants que hi pugui haver a l'herència. Per això és natural que en el nostre Dret tengui l'acreixement una major incidència que en el Codi civil.

I això és així perquè l'article 24 Compilació estableix –com assenyala Verger Garau– les dues classes d'acreixement conegudes en el Dret romà: el **ius accrescendi** normal o ordinari derivat de la **coniunctio** o crida conjunta als diversos hereus i l'acreixement supletori, fonamentat en el caràcter expansiu de l'hereu respecte de les porcions vacants de l'herència.

Quant al primer, l'actual Compilació ha donat una solució distinta de la que ens mostrava l'article 24 de la Compilació de 1961. Deia aquest precepte que “los instituidos en una misma cláusula de un testamento y llamados a un mismo bien o porción señalada de bienes acrecerán entre sí respecto de ellos con exclusión de los restantes coherederos”. Tal era la regla derivada de la **coniunctio re et verbis**, segons el Digest, llibre I Títol XVI llei 142.

L'actual Compilació, contràriament, dona preferència a la institució conjunta i per grups en la totalitat o en una mateixa quota de l'herència, establint que l'acreixement tindrà lloc entre els components del mateix grup. Però sense que ja tengui rel.levància la institució en una mateixa clàusula testamentària, prevalent per tant la **coniunctio re** sobre la **coniunctio verbis**.

I, dintre de la **coniunctio re**, perquè tengui lloc l'acreixement s'han de donar dos condicionants: la institució d'hereu conjunta en la totalitat o en una mateixa quota de l'herència i també a favor d'un determinat grup. Normalment es tractarà de grups familiars –fills, germans, nebots, etc...– si bé no neccesàriament. Acudint a l'exemple clarificador, si el testador institueix en la totalitat de l'herència als seus germans A i B i als nebots D i E –fills del seu germà premorient C–, en cas de premoriència del nebot D la seva part acreixerà a l'altre nebot E abans que als germans A i B.

La disposició legal es fonamenta en una pressumpta voluntat del testador i en el parentesc més pròxim de les persones entre les quals té lloc l'acreixement. En tot cas, el Codi de Successions per causa de mort a Catalunya presenta en el seu article 38 un règim similar. Certament, la

situació és distinta de la configurada per l'article 982 del Codi civil, que estableix l'acreixement sobre la base de la crida conjunta a una mateixa herència o porció d'ella sense designació de parts, i sense que tenguin incidència els grups parentals.

Al que abans hem nomenat acreixement supletori es refereix el darrer paràgraf de l'article 24 Compilació, segons el qual “les quotes hereditàries vacants per la no actuació del dret d'acréixer o perquè no n'ha disposat el testador, incrementaran, necessàriament i proporcionalment, les dels altres hereus instituïts que arribin a ser-ho efectivament, amb subsistència dels llegats i les càrregues que no siguin personalíssimes”.

Destaca el caràcter forçós que té en aquest cas l'acreixement, derivat de l'adverbi “necessàriament”, el qual suposa que l'hereu que accepta la seva porció de l'herència ha d'acceptar també les porcions vacants dels altres hereus que no han pogut o no han volgut acceptar l'herència. Com és sabut, l'article 986 del Codi civil regula la qüestió de manera distinta, establint l'obertura de la successió intestada respecte d'aquestes porcions vacants.

## V.- LA PERDURABILITAT DE LA CONDICIÓN D'HEREU.

Dins el Dret Romà la figura de l'hereu tenia vocació de permanència. La seguretat de les relacions jurídiques així com la necessària estabilitat dels patrimonis no s'avenien amb el fet d'hereus que deixassin de ser-ho. Per els juristes romans la figura de l'hereu temporal no era sinó una incongruència.

No cal recordar que a l'antiga successió romana era encara més necessària aquesta pervivència de l'hereu, ja que la tribu, la gran família agnàtica no podia quedar sense cap.

Per tot aixó es deia en el Digesto **sine dubio heres manebit qui semel extitit** (Llibre IV, titol IV llei 7<sup>a</sup> fragment 10) i en el Codex llibre VI, titol XXXI, llei 4<sup>a</sup> es contenia un text semblant. Més expressiva i coneguda és la frase llatina **semel heres semper heres**.

No cal dir que l'article 16 de la Compilació, quan diu el qui és hereu ho és sempre i, en conseqüència, es tendran per no posats en la seva institució la condició resolutoria i els termes suspensiu i resolutori, recull totalment la tradició romana.

Per les raons apuntades no es considerava admissible en el Dret Romà la institució d'hereu a termini suspensiu o resolutori, ni tampoc la

institució sotmesa a una condició resolutoria.

En canvi, sí que era possible el joc de la condició suspensiva, ja que, si es complia la condició, quedava consolidada la institució d'hereu, els efectes de la qual es retrotraïen al moment de la mort del causant, com si mai hagués existit situació d'interinitat a l'herència. I si no es complia la condició, quedava sense efecte la institució d'hereu, entrant aleshores en joc la successió intestada, col·locant-se les persones designades per la llei **in locum et ius** del causant. Hi havia, per tant, hereu i en base a un sol títol successori; que en aquest cas era la llei, ja que el testament era d'impossible aplicació per no haver-se complert la condició de la qual depenia la institució d'hereu.

Fins i tot era possible en el Dret romà la institució sota condició suspensiva, potestativa i negativa, establint-se que l'adquisició de l'herència per l'hereu estava subordinada al fet que aquest no realitzàs un determinat comportament. En aquest cas, l'hereu podia acceptar immediatament l'herència, però havia de prestar una caució –que es deia **cautio muciana**– de restituir tot el que hagués adquirit per la seva condició d'hereu en el cas que fes allò que el testador li va prohibir. Aquesta figura té tradició històrica dintre del nostre Dret; record un antic testament en el qual s'instituïa hereu a la filla sempre que assumís formal compromís de no ingressar a una Ordre religiosa. De totes maneres, l'article 800 del Codi civil regula la qüestió de manera similar.

Per altra part, és veritat que l'hereu del Codi civil té traços de aquesta perdurabilitat de la qual parlem; i així, l'article 997 ens diu que “la aceptación y la repudiación de herencia, una vez hechas, son irrevocables...”; però la perdurabilitat admet excepcions que no trobam dins el nostre Dret, com l'article 790 quan diu que “las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición” i l'article 805 assenyala que “será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado”.

De totes maneres, fins i tot en el marc del Codi civil, l'hereu temporal no deixa d'ésser una figura insòlita. L'hereu a termini és totalment infreqüent i ens recordaria **mutatis mutandi** aquests Ajuntaments en els quals els partits polítics es reparteixen temporalment l'Alcaldia.

Pel que fa a l'hereu sota condició resolutòria, el cert és que l'hereu no deixarà d'haver actuat com a tal a pesar de complir-se la condició;

per exemple, haurà pagat legítimes, lliurat llegats, exercitat accions hereditàries, cobrat crèdits o pagat deutes de l'herència... Tot això no es concilia massa bé en l'eficàcia retroactiva de la condició resolutòria ex article 1.123 Cc. Té tota la raó, per tant, Puig Brutau quan diu que en el sistema del Codi civil és veritat que no regeix el principi **semel heres semper heres**, qui és hereu no ho és sempre, però també és veritat que qui és hereu no pot deixar d'haver-ho estat.

Ja aterrant dins el nostre Dret és obligat passar a examinar algunes de les qüestions que es poden plantejar relacionades amb la perdurabilitat de l'hereu.

### 1) Les substitucions fideicomissàries condicionals i a termini.

En principi és possible fer dependre el trànsit de l'herència al fideicomissari d'un termini o d'una condició, si bé hem de creure Zaforteza de Corral, quan en la seva obra "El fideicomiso en el Derecho de Mallorca y Menorca" ens diu que no és fàcil trobar un sol cas de substitució fideicomissària a termini en les Decisions de l'antiga Real Audiència ni tampoc en els protocols notariais.

En canvi era i és freqüent que el fet determinant de la substitució sigui una condició, i fins i tot l'article 27 de la Compilació de 1961 parlava del "fideicomisario condicional", per considerar que el fideicomís que venia concebut en funció de la vida del fiduciari suposava una vertadera condició, d'acord amb la màxima romana **dies incertus in testamento conditione fecit**, proclamada a l'article 16 de la Compilació, quan diu que en els testaments el terme incert implica condició, tret que del testament es pugui deduir clarament la voluntat contrària del testador.

Però el cert és que a l'actual article 27 ha desaparegut el qualificatiu "condicional", i això ha estat –com diu Coll Carreras– "por no dar lugar a la inexacta hipótesis de que se estaba ante una sustitución fideicomisaria a la que se había agregado el establecimiento de una condición determinada".

Sigui com sigui, és clar que és possible l'establiment de condicions –fins i tot resolutòries– a les substitucions fideicomissàries ja que així ho avalen els articles 27 i 28 de la Compilació a més de la tradició jurídica balear i la pràctica notarial.

Avui s'ha plantejat el tema amb especial relevància dins les famílies



en les quals hi ha un fill discapacitat, ja que aleshores és de primordial interès pels pares l'establiment d'un mecanisme successori que assegurí l'assistència i manteniment d'aquell. En aquest cas podria pensar-se en una substitució fideicomissària en la qual els hereus primerament cridats ho són amb la condició resolutòria que en cas d'incomplir les obligacions de cura i manteniment del discapacitat, cessaran en el gaudi de l'herència, la qual es transmetrà a una institució de beneficència –que seria l'hereu fideicomissari– orientada fonamentalment a aquestes finalitats.

No es pot dir que en aquests supòsits –com en general a les substitucions fideicomissàries– hi hagi infracció dels principis successoris vigents al nostre Dret i, en especial, del de perdurabilitat.

I això es així perquè els dos hereus designats –fiduciari i fideicomissari– ho són en virtut d'un mateix títol successori, el testament del causant, en el qual s'ha previst aquesta possibilitat d'hereus successius. Distint seria el cas en què el testament es limités a establir una institució d'hereu sota condició resolutòria sense preveure la destinació a donar a l'herència en el supòsit de tenir lloc el joc de la condició. Aleshores, es produiria el **horror vacui** ja que el testament es precipitaria a l'abisme: es a dir, es revelaria inútil per a la funció que li és pròpia, com és la d'establir la destinació a donar a l'herència del finat. La solució de donar llavors entrada a la successió intestada seria contrària al principi **nemo pro parte** de què es parlarà més endavant, a més d'il·lògica, ja que en el cas hi haurà hagut ja una actuació de l'hereu testamentari.

En definitiva, no deixa d'esser interessant aquesta possibilitat de destinar la substitució fideicomissària a la protecció de les persones discapacitades, a l'espera que dins el nostre Dret tenguí lloc un reforma legislativa d'un abast similiar al que ha suposat la llei de l'Estat núm. 41/2003 de 18 de Novembre.

## 2) La institució d'hereu modal.

Com és sabut, diu l'article 797 del Codi civil que “la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que esta era su voluntad. Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo recibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación”.

La imprecisió del text ha fet que els autors discutissin si l'incompliment culpable del mode pot donar lloc sempre a la resolució de l'atribució mortis causa, o, contràriament, això just serà possible quan es tracta del mode causalitzat, és a dir, quan la càrrega que suposa el mode constitueix l'únic o el primordial fi que s'espera aconseguir mitjançant l'atribució mortis causa. No importa dir que esbrinar això suposarà un acurat examen de la voluntat del causant tal com resulta del seu testament.

Però el problema no es pot presentar dins el nostre sistema successori, donat que l'article 16 de la Compilació assenyala que l'incompliment de la forma imposada a la institució d'hereu mai no podrà donar lloc a la seva resolució. No importa dir que l'expressió "forma" és incorrecte, i s'ha de substituir per "mode".

Per tant, tan sols podran els beneficiaris de la prestació modal exigir de l'hereu el seu compliment. Certament, just és possible la resolució de l'atribució mortis causa –dins el nostre Dret– quan ve limitada per una vertadera condició i dintre de l'establiment d'una substitució fideicomissària, en la qual es preveu la destinació de la herència pel cas d'efectivitat de la condició.

En canvi el llegat modal no presenta especialitat foral i es regeix per l'article 797 del Codi civil.

### **3) La institució d'hereu a favor del cònjuge supervivent a condició que no es torni a casar.**

El Dret romà va esser sempre contrari a la limitació de les segones nupcies, possiblement perquè les necessitats de la **res publica** demanaven sempre un increment de població i –per que no?– també pel sentit comú de què sempre va fer gala. El cert és que en temps d'August es considerava **contra legem** la condició de no contreure ulterior matrimoni. La **lex Julia Papea** establia que, fins i tot en el cas d'haver-se imposat la condició a la viuda, aquesta podia heredar –encara que es casés de bell nou– sempre que jurés que havia contret el matrimoni simplement per tenir fills...(?).

Justinià va abolir aquesta llei, tenint sempre per no escrita la condició. La qual es va admetre segles després a conseqüència de l'aversiò del cristianisme a les segones nupcies, del qual n'és una altra prova l'avui suprimida **lex hac edictali** que ha estat en vigor dins el nostre Dret fins a la darrera reforma de la Compilació.

En contra del que es pugui creure per les noves generacions –record que quan vaig exposar el tema dins un curs de Dret civil balear dirigit als Advocats matrimonialistes hi va haver desconcert general– és freqüent l'ús de la condició, fins i tot en l'actualitat. Tal vegada perquè els testadors solen esser persones ja majors i els sembla bé instituir hereu al cònjuge, però no tan bé que aquest gaudeixi amb un altre de la seva herència. També hi ha qui té por d'una futura “buidada de cap” del cònjuge viudo, si contreu matrimoni amb una persona molt més jove que, tal vegada, actui per motius d'interés. Amb tot aixó no vull dir que em sembli particularment bé la condició. Simplement faig constar una realitat.

El cert és que –com és sabut– l'article 793 del Codi civil permet aquesta condició si qui l'imposa al viudo o a la viuda és el difunt consort o els ascendents o descendents d'aquest. El precepte no ha estat declarat inconstitucional, possiblement perquè no atempta contra el dret de contreure matrimoni, reconegut per l'article 32 de la Constitució. Simplement, si en aquest cas el cònjuge viudo contreu segon matrimoni perdrà l'herència, encara que seguirà conservant tot el que li pertenyia en concepte de llegítima. Cal tenir en compte que la prohibició de la condició possiblement determinaria que, en aquests supòsits, es fes hereu a persona distinta del cònjuge viudo.

Però, donat el caràcter resolutori de la condició, és clar que de cap manera no es admissible dins del nostre Dret, per atemptar contra el principi **semel heres sempre heres**. Si bé hi ha possibilitat d'aconseguir unes finalitats semblants acudint a altres vies.

En primer lloc, res no impideix que es pugui llegar al cònjuge viudo l'usdefruit universal de l'herència sotmés a la condició de no contreure ulterior matrimoni. És una pràctica bastant freqüent a l'àmbit notarial i no presenta cap obstacle legal perquè l'atribució es fa per via de llegat i no d'herència.

I també hi ha la possibilitat –si es vol subjectar la institució d'hereu amb aquesta condició– d'acudir a la substitució fideicomissària, establint un o uns hereus amb aquest caràcter, als qui passarà l'herència en el cas de compliment de la condició per contreure el cònjuge viudo nou matrimoni.

Com abans es deia, la substitució fideicomissària ens permet, en ocasions, poder complir uns propòsits o desitjos del testador que toparien amb el rigor dels principis romans. I és que, d'aquesta manera, queda absolutament prevista la destinació dels béns hereditaris ja que es

determina a qui passaran aquests quan es compleix la condició resolutòria perquè l'hereu cònjuge viudo contreu noves núpcies.

#### 4) La institució d'hereu condicionada a la no impugnació del testament.

Acompanya amb molta freqüència als supòsits d'institució d'hereu o de llegat, a favor del cònjuge viudo, de l'usdefruit de la totalitat de l'herència, quan hi ha fills del causant, els quals poden reclamar la seva llegítima sense càrrega o gravamen de cap casta, i, per tant, sense obligació d'esperar fins a la mort de l'usufructuari per fer efectius els seus drets legitimaris. Per això, ja es permetia en el Dret romà disposar en el testament que, en el cas de no acceptar-lo i reclamar immediatament la llegítima, es perdria tot allò que excedís del seu import. És la denominada **cautela socini**, avui reconeguda per l'article 49 de la Compilació.

La redacció de la clàusula testamentària pot fer possible que la condició de no impugnar el testament tenguí caràcter merament suspensiu. Seria el cas de disposar-se que els hereus designats **post mortem usufructuari** passaran a tenir aquest caràcter si subscriuen formal compromís de no impugnar el testament. Estariem al davant d'una condició suspensiva potestativa negativa que seria admissible segons la tradició jurídica balear, encarnada aquí en la **cautio muciana** de la qual abans s'ha tractat. Fins i tot no crec que calgui un afermament del compromís, ja que aquest suposa un evident **acte propi** dels hereus, que els impossibilita per tractar d'impugnar després el testament i reclamar la llegítima; a més, no entraran en possessió de l'herència sinó després d'haver-se extingit l'usdefruit.

Però és evident que també pot redactar-se la clàusula de no impugnar el testament de tal manera que tenguí caràcter resolutori, deixant sense efecte la institució d'hereu **post mortem usufructuari** en el cas de presentar-se la impugnació. És aleshores quan es planteja la qüestió de si és vàlida aquesta institució condicional ja que, aparentment, infringeix el principi **semel heres semper heres**.

Crec que, en el fons, no hi ha contradicció entre aquest principi i la institució d'hereu condicional de la qual tractam. I és per la raó que mentre l'hereu no ha acceptat, no és possible considerar-lo com a tal. És l'acceptació el que converteix el designat en hereu, amb retroacció dels seus efectes al moment de la mort del causant, segons ens diu l'article 989 del Codi civil.

Per tant, si l'hereu designat **post mortem usufructuari** accepta

l'herència –o assumeix formal compromís de no impugnar el testament– ve vinculat per aquestes declaracions de voluntat. I si no ha acceptat i opta per reclamar la llegítima, possiblemet la sentència doni lloc a la seva reclamació, permetent-li entrar immediatament en la possessió dels béns que la integran, però perdent els altres drets que se li atribueixen en el testament; i això no vol dir que deixi d'ésser hereu ja que, de fet, no ho ha estat mai.

En aquest cas, l'herència passaria –una vegada extingit l'usdefruit– als substituïts vulgars i –de no haver-se nomenats– acreixeria als altres hereus designats; i, de no haver-se nomenats, al propi hereu instituït en l'usdefruit ex art. 15 Compilació.

En realitat, l'únic supòsit en què no es podria salvar el testament seria si l'atribució de l'usdefruit al cònjuge viudo s'hagués fet per la via del llegat, i existís un únic hereu designat **post mortem usufructuari**, sense la previsió de substituïts vulgars; en aquest cas, si l'hereu optàs per la reclamació de la llegítima, aleshores estariem al davant d'un testament que ha devingut ineficax per falta d'hereu i s'imposaria la crida dels hereus **ab intestato**. La validesa del llegat d'usdefruit a favor del cònjuge viudo vendria determinada per la consideració de si el testament podria valer com a codicil, segons el que abans s'ha exposat.

## VI.- LA INCOMPATIBILITAT DE LES SUCCESSIONS TESTADA I INTESTADA.

És una conseqüència natural dels principis anteriors, ja que, si tot testament ha de tenir institució d'hereu, aquest està cridat a la universalitat de l'herència, acreixent-li les porcions vancants, i, a més, té un caràcter de permanència –no quedant sense efecte la institució per terminis o condicions resolutòries– és clar que la successió intestada és absolutament innecessària quan hi ha hereu o hereus designats en el testament.

El principi d'incompatibilitat el trobam a l'Instituta, Llibre II, títol XIV, paràgraf 5, quan diu “**neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur**”, si bé és més corrent l'ús de l'aforisme “**nemo por parte testatus pro parte intestatus decedere potest**”. Es contenen aplicacions del principi en el Digest, llibre L, títol XVII, llei 7 i llibre XXVIII, títol V llei 1 fragment 4.

Actualment, l'article 7 de la Compilació assenyala que la successió intestada solament podrà tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb la testada i la contractual. Contràriament, els articles 658 i 764 del Codi civil permeten totalment la concurrència de les dues successions a una mateixa herència.

Com en el món del Dret tota regla té les seves excepcions, també aquí les trobam, i tant en el Dret romà com en el Dret de Mallorca i Menorca.

L'excepció romana –**nisi sit miles**– la suposava el testament dels militars, en el qual es donava la particularitat que, en el cas de disposar-se tan sols de part del patrimoni, la resta passava als hereus designats per la llei, sense entrar en joc, per tant, les regles de l'acreixement en favor de l'hereu testamentari.

L'excepció és una mostra més de les peculiaritats del testament militar romà, que no exigia, a més, cap formalitat. Tal vegada té raó Martí Miralles al assenyalar que els juristes romans varen atribuir, per excepció, el caràcter i la qualificació de testament a les disposicions d'última voluntat dels militars, encara que no es referien a la universalitat de l'herència i els seus requisits formals no eren els exigits pel Dret comú.

A l'actualitat, l'article 17 de la Compilació estableix una aparent contradicció amb el principi examinat, permetent l'atorgament del codicil, encara que no s'hagi atorgat testament al que pugui servir de complement.

En aquest cas s'obri la successió intestada, però essent vàlides les disposicions del codicil sempre que no superin els límits imposats per l'article 17 Comp. I s'hagi donat compliment als requisits de capacitat i forma dels testaments.

Primerament, és de lamentar l'error material que s'ha perpetuat dins les edicions de la Compilació, després de la llei modificadora 8/1990 de 28 de juny, ja que de les primeres línies del precepte pareix entendre's que tan sols hi cap, en la actualitat, una de les dues formes del codicil –el codicil ab intestato– en lloc de les dues tradicionals formes admeses en el Dret romà i a les nostres Illes, que permetien igualment el codicil testamentari.

És clar que l'actual art. 17 ha d'interpretar-se d'acord amb el seu precedent de la Compilació de 1961, i s'ha d'entendre que, mitjançant codicil, l'atorgant pot addicionar o reformar el seu testament o, a falta d'aquest, dictar disposicions sobre la seva successió perquè les compleixin els seus hereus ab intestato.

Com abans s'ha dit, la més important modificació, en aquesta matèria, de la llei 8/1990 de 28 de juny va esser la introducció de la **conversió automàtica** dels testaments ineficaços en codicils encara que aquests no continguin la clàusula codicilar.

De totes maneres, la contradicció del codicil amb el principi **nemo pro parte** és més aparent que real, si es té en compte que no és vàlida una institució d'hereu mitjançant el codicil.

Encara que no deixa de sorprendre que –segons l'article 17– es puguin disposar en el codicil substitucions fideicomissàries i preventives de residu, i no es poden, en canvi, establir substitucions directes (vulgar, pupilar o exemplar). L'article s'explicaria en el context del Dret romà anterior a Justinià, en el qual el fideïcomissari no era considerat hereu, i això determinava que el seu nomanament en el codicil no suposés institució d'hereu. Però en el propi Dret romà la situació va canviar a partir de Justinià, passant a tenir el fideïcomissari la consideració d'hereu, encara que no rebia l'herència en primer terme.

Per tot aixó, crec que hagués estat oportú establir, en aquest punt, que mitjançant el codicil no es poden disposar cap mena de substitucions, tal com diu, per cert, l'article 122 del Codi de successions a Catalunya.

## VII.- CONCLUSIONS FINALS.

Com tot acaba en aquest món, hem acabat també aquest recorregut –que tal vegada per alguns hagi estat un vertader **via crucis**– al llarg dels principis successoris romans, havent-hi fet les corresponents aturades –les estacions del **via crucis**–. I després del recorregut s'imposa el repòs a fi de reflexionar i meditar amb molta serenitat per contestar la pregunta que ens hem fet al començament de la conferència: és lògic i és jurídicament acceptable conservar a Mallorca i Menorca, als inicis del segle XXI, els vells principis successoris romans? La importància de la pregunta ens obliga –com si d'un silogisme es tractàs– a establir unes premisses prèvies, a fi que se'n derivi per si mateixa la resposta adient. Podrien esser les següents:

1) El sistema successori romà és la més expressiva mostra –com han dit molts romanistes– del geni jurídic del poble romà. Si l'hereu és la peça clau de la successió, entra dins la major lògica que en el testament necessàriament se l'hagi de designar, com també és natural que, per la seva condició de successor del causant –colocant-se en el seu lloc i dret– acreixin en favor seu

totes del porcions vacants del patrimoni relict; també és necessària, per a l'estabilitat de les relacions jurídiques successòries i la conservació dels patrimonis, la permanència de l'hereu, o, al menys, i segons s'ha vist, la clara indicació en el testament de la destinació del patrimoni hereditari en els supòsits, excepcionals, en què aquesta permanència vengui limitada pel joc de la condició; i, per descomptat, la necessitat, la universalitat i la perdurabilitat de la institució d'hereu fan innecessària la successió intestada. I d'aquests quatre principis fonamentals se'n derivarien altres principis i regles, com serien el dret de l'hereu a la quarta falcidia, a fi de donar un obligat component patrimonial a la institució d'hereu perquè no es vegi invadida pels llegats disposats en abundància pel testador, o la mateixa responsabilitat de l'hereu pels deutes de l'herència, conseqüència del fet de situar-se **in locum et ius** del causant. Tenc escrit per alguna part que els principis successoris venen a ésser els pilars fonamentals que donen suport a l'edifici esplendorós de la successió romana, que després se desenvolupen mitjançant voltes i boterells com a les grans catedrals gòtiques.

2) Per tot això, el fet que a Mallorca i Menorca històricament s'hagi fonamentat la successió en els principis romans ha donat una extraordinària riquesa al nostre Ordenament jurídic. Ha estat important —en aquest sentit— fixar posicions i partir, per tant, de la base que el nostre sistema successori té uns fonaments i principis que resulten oposats als del Codi civil, Com es deia a la introducció, precisament aquests principis es constitueixen com a vàlvula de tancament per impedir l'entrada en el nostre Dret del Codi civil i altres lleis estatals contràries a ells. Certament, l'avanç del Codi civil i lleis generals dins els sistemes successoris que han deixat els principis romans és més apreciable i pertorbador.

3) Però tot el que s'acaba de dir —i a pesar d'ésser òbvia la seva importància— no tendria la més petita influència si els principis semblassin contradictoris amb la realitat social i el poble no els acceptés. Però dista molt d'ésser així. Durant els 35 anys en què he exercit l'advocacia he pogut constatar com la gent “exigeix” que hi hagi un hereu; troben de la major lògica que a la mort d'una persona hi ha d'haver algú que es posi al seu lloc, de tal manera que la successió en el patrimoni relict es faci de manera natural i sense estridències. Quan jo era jove tenia els dissabtes despatx obert a un poble de Mallorca —i això no deixa de constituir un bon observatori de coneixement del nostre Dret— i record el que me va dir un client a qui devia doblers una persona morta i no estava clar com havia



deixat les coses: “Hi ha d’haver un hereu –em deia tot enfadat–, a Mallorca quan un es mor ha de deixar un hereu”.

Venturosament, aquest fet incontrovertible d’acceptació pel poble dels principis successoris està avui recollit a la propia exposició de motius de la llei 8/1990 de 28 de juny de reforma de la Compilació. Record que, dins la Comissió de preparació del projecte de llei li va tocar la tasca de redactar l’exposició de motius a Eduardo Martínez-Piñero, i record també que ho va fer seguint els criteris de tots els membres de la Comissió. El fet és que la referència que l’exposició de motius fa als principis successoris no pot resultar més clara i rotunda. Diu així “el sistema successori romà derivat d’aquests principis, no tan sols resulta un sistema indubtablement lògic d’ordenar la successió per causa de mort, sinó que, malgrat els profunds canvis socials, econòmics i familiars experimentats al llarg dels temps, continua essent avui un sistema que respon degudament a les necessitats i exigències pràctiques actuals i, en conseqüència, i això és el decisiu, funciona bé i amb normalitat a Mallorca i Menorca, i no genera, en la realització diària, problemes que en puguin aconsellar la modificació”.

4) I arribats en aquest punt, si em feis la pregunta de si s’han d’enterrar o no els principis successoris romans, la meva resposta serà la mateixa que va donar el mestre Lluís Pascual González l’any 1972, com deia al començament de la conferència: “Si me criden mai per fer d’enterrador, que en cerquin un altre”.

Moltes gràcies



# **“LA INSTITUCIÓ PITIÜSA DE L’ACOLLIMENT EN UNA QUARTA PART DELS MILLORAMENTS”**

**SRA. DÑA. OLGA CARDONA GUASCH**

## **ÍNDEX**

### **I.- LA PROBABLE PROCEDÈNCIA TARRAGONINA DEL PACTE D’ACOLLIMENT. LES SEVES CONNEXIONS AMB L’ASSOCIACIÓ A COMPRES I MILLORES DEL CAMP DE TARRAGONA**

- 1.- Consideracions històriques
- 2.- Diferències entre l’associació tarragonina i l’acolliment pitiús
- 3.- Paral·lelismes

### **II.- ELS SUBJECTES DE L’ACOLLIMENT**

### **III.- L’OBJECTE DE L’ACOLLIMENT**

- 1.- Els draps de llit i el vestit de plor
- 2.- Els milloraments
- 3.- Les compres
- 4.- Les adquisicions
- 5.- Béns exclosos

### **IV.- QUANTIA DE L’ACOLLIMENT**

### **V.- NATURALESIA JURÍDICA**

- 1.- Naturalesa contractual

2.- Elements d'interpretació

3.- Autèntic règim econòmic o atenuació al règim de separació de béns?

4.- Naturalesa del dret d'acolliment

## VI.- EXTINCIÓ DEL RÈGIM

1.- Necessitat d'adaptació al marc social i jurídic actual

2.- Causes de dissolució

3.- Liquidació

4.- Satisfacció del dret d'acolliment

## BIBLIOGRAFIA I JURISPRUDÈNCIA

El pacte d'acolliment ha reflectit sobre el paper una forma de vida desenvolupada invariablement al llarg de centúries, una societat rural de nul·les pretensions i molta modèstia, on són clares les tasques i funcions de cada membre de la família i, en particular, les de cada cònjuge. Aquesta claredat de pressupòsits unida a un cert immobilisme, ha determinat l'escassíssim ressò jurisprudencial de la institució.

Malgrat la seva pràctica secular, l'acolliment en una quarta part dels milloraments no apareix reflectit en un text legislatiu fins l'any 1.990, tot i que no es pot dir que el legislador hagi estat massa generós amb l'expressada figura, havent donat que només l'esmenta de passada a l'article 66-5 de la Compilació, amb ocasió d'establir el sistema de normes que han de regir els múltiples pactes que tenen cabuda dins el "gran" negoci jurídic dels espòlits.

Amb aquesta al·lusió ràpida s'esgota l'atenció del legislador cap a l'institut que ha de constituir l'objecte del present treball. Un treball on analitzarem si l'acolliment és o almenys, podria esdevenir un règim econòmic d'entitat comparable al de separació de béns o qualsevol règim de participació en guanys. Trobar la resposta a aquest interrogant passa necessàriament per un estudi de la seva naturalesa jurídica, del seus diferents elements, de les seves connexions amb d'altres instituts semblants del nostre entorn jurídic, tot i fent atenció als principis i consignes que conformen el marc jurídic actual.

En definitiva, haurem d'esbrinar si aquesta referència fugaç que fa la Compilació de 1.990 a l'acolliment pot o no ser el precedent d'una regulació acurada i completa d'un sistema alternatiu al règim de separació de béns.

# **I.- LA PROBABLE PROCEDÈNCIA TARRAGONINA DEL PACTE D'ACOLLIMENT.- LES SEVES CONNEXIONS AMB L'ASSOCIACIÓ A COMPRES I MILLORES DEL CAMP DE TARRAGONA**

## **1.- Consideracions històriques**

No es coneix amb certesa quin és l'origen de l'acolliment pitiús. Segons CERDÀ GIMENO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*. 1ª Edición. 1.981. Pág. 63) l'opinió més extesa el relaciona amb l'associació a compres i millores, que constitueix un règim econòmic local propi del Camp de Tarragona i d'altres comarques catalanes (el Priorat, el Penedès i el Garraf i la Conca de Barberà), encara que avui és perfectament possible estipular-lo fora d'aquest àmbit geogràfic, entre persones de veïnatge civil català.

Cert és que entre les Pitiüses i la ciutat de Tarragona ha existit un estret vincle que ha perviscut al llarg de molts segles. Hi ha un lligam històric que no podem ignorar, i que arrenca a la Baixa Edat Mitjana, època en què es planteja la recuperació de les illes per al món cristià. El màxim exponent de la reconquesta d'Eivissa fou Guillem de Montgrí, Arquebisbe electe de Tarragona, el qual junt amb Pere de Portugal i Nunó Sanç, assolí la dominació catalana d'Eivissa i Formentera. D'acord amb el que anteriorment havien convingut amb el rei Jaume I, els tres magnats procediren al repartiment territorial d'Eivissa, un cop guanyada als àrabs, en cinc parts, que poc després foren quatre, i que per aquest motiu van rebre el nom de "quartons". Montgrí rebé en feu el doble de terres que els altres, per haver aportat el doble de forces, pertocant-li doncs, dos quartons: el de Benizamid (Balansat, al nord de l'illa) i el d'Algarb (Ses Salines, al sud); a Pere de Portugal el quartó de Xarc (Santa Eulàlia, al nord-est), i a Nunó Sanç el de Portmany o Portumany (a l'oest). Quant a Formentera, també es dividí en quatre fraccions, que es repartiren d'acord amb el mateix criteri, encara que la Pitiüsa menor romangué deshabitada durant molt de temps. (MARI CARDONA, *La conquesta catalana de 1.235.-* 1)

Anys després del repartiment, Montgrí esdevingué senyor d'un tercer quartó, el de Portmany, per compra al Rei Jaume I, el qual ja l'havia adquirit dels marmessors de Nunó Sanç, en morir aquest. (MARÍ CARDONA. *"Pergamins i Índex Vell de Tarragona*. 1.997. Pàg. 25)

Quan en 1.247, Guillem de Montgrí atorgà testament, deixà a la mitra de Tarragona els quartons eivissencs de Benizamid i d'Algarb, i els formenterencs que li havien pertocat per dret de conquesta, La Mola i Es Carnatge; mentre que al Capítol de la catedral tarragonina li atribuï el de Portmany (que en el segle XV passà a l'Ardiaca de Sant Fructuós, existent a la Catedral de Tarragona des de l'any 1.275) i el formenterenc que havia adquirit del Rei, el de Porto-Saler.(MARÍ CARDONA. *La conquesta...* Pàg. 180).

En conseqüència, i perquè aquesta fou la última voluntat de Guillem de Montgrí, les tres quartes parts de l'illa d'Eivissa i tres quarts de Formentera quedaren en mans de l'Església de Tarragona. La dependència tarragonina durarà cinc centúries, puix que a les darreries del segle XVIII Eivissa aconsegueix el seu primer bisbe propi.

Explicada breument la dominació tarragonina de les Pitiüses en les tres quartes parts de cada illa, això però, no significa que els nous pobladors necessàriament provinguessin d'aquelles terres. Encara que resultàs lògic i raonable deduir aquesta procedència, no hi ha una constància fidel d'aquest extrem. VILLANGÓMEZ es lamenta pel fet que el cronista reial, Ramon Muntaner (segles XIII-XIV), havent ostentat càrrecs a Eivissa, no hagués deixat en les seves cròniques una informació sobre l'origen geogràfic dels repobladors cristians: "(...) *Sabem per Muntaner (...) que Eivissa, en els temps aràbics comptava amb una abundant població de moros. El que Muntaner no ens diu és com es repoblà l'illa després de la conquesta, cosa que indica respecte de Menorca (...)*" (VILLANGÓMEZ LLOBET. *Alguns escrits sobre les Pitiüses*. Pàg. 131.)

El que fou canonge arxiver de la Catedral d'Eivissa, l'erudit ISIDOR MACABICH (MACABICH LLOBET. *Historia de Ibiza*. Vol. I. Pàg. 178), extreu de l'Arxiu catedralici un registre d'establiments concedits durant els segles XIII i XIV pels consenyors eclesiàstics –Bisbe i Capítol de Tarragona–. Si ens fixam bàsicament en els establiments més propers en el temps a la data de la reconquesta (1.235), observam que es parla de concessions atorgades a Guillem Planells, a Bartomeu Guasch, a Martí Castelló, a Bernat Roig..., durant la dècada de 1.230; a un tal Guillem Palerm i a Guillem Bonet (dècada de 1.250); a la mateixa data hi ha una renovació a favor d'un tal Bernat Marí i a Bernat Prats. Com podem apreciar fàcilment, es tracta de llinatges catalans que han perviscut, arribant a constituir típics llinatges eivissencs, però ignoram del cert les comarques catalanes d'on partiren aquests primers colons.

A més, sembla ser que la població d'Eivissa durant la Baixa Edat Mitjana procedia de molt variats indrets de Catalunya. En aquest sentit resulta gràfic el que ens diu Guillem de Montgrí en un escrit de l'any 1.264 –quasi trenta anys després de la conquesta cristiana d'Eivissa– a propòsit de la prescripció immobiliària: *“Com en les novas adquisicions de les terres per la diversitat de les costums dels habitants de diversos lochs o regnes venguts en aquelles, moltes questions se acostumen nexer, Nos en Guillem de Montgrí, Senyor de Eviça, volents la materia de plets llevar, volem a la utilitat de tots los homens habitants en Eviça provehir, de consell e assentiment dels prohomens de Eviça stablim que si algu ha tengut en la terra de Eviça, o en sdevenidor tendrà, per causa de stabliment o altre títol, pacíficament e continuadament per X anys, no pusca sobre aquells en dret de aglú esser convengut, ans sia segur per legítima prescripció per aquest stabliment en per tots temps valedora. Açò es fet III idus juliol del any de Nostro Senyor M. CC. LXIIII* (MACABICH, *Historia ...* Pàg. 278).

## **2.- Diferències entre l'associació tarragonina i l'acolliment pitiús**

Fetes aquestes consideracions històriques que, d'altra banda, mereixerien un estudi més acurat, examinem ara des d'una òptica jurídica, similituts i particularitats entre l'associació a compres i millores i el pacte pitiús d'acolliment. Sens dubte, ambdós instituts comporten una mena de participació dins el matrimoni sobre uns béns determinats (els aconseguits amb esforç) o millor, sobre el seu valor. La idea de “guany”, d'onerositat, de recompensa al treball, és present a totes dues figures. Malgrat la coincidència en aquesta idea fonamental, cal esmentar un seguit de diferències:

A.- En primer lloc, divergeixen pel que fa a l'essència de l'activitat que una i l'altra institució impliquen, o almenys, pel que suggereix la seva respectiva denominació: al Camp de Tarragona es parla d'*associació*; a les Pitiüses, d'*acolliment*. Diferència terminològica important, havent donat que a la primera hi ha una certa dosi de comunitat, una idea de posada en comú que no es reflecteix a l'institut eivissenc. En efecte, a Eivissa i Formentera era una persona i sempre la mateixa –el marit– qui acollia a una altra –la muller–, la qual cosa ja denota una certa unilateralitat, una mena de concessió. De totes maneres, i malgrat que la denominació usual i arrelada en aquelles comarques catalanes sigui la d'*associació*, a la Memòria de DURAN I BAS es designa el pacte tarragoní indistintament, amb les dues



nomenclatures: “*asociación o acogimiento a compras y mejoras*”.

B.- A Catalunya, si fem atenció a la regulació d'aquest règim local, tant a la Compilació com, posteriorment, al Codi de Família de 1.998, resulta indiferent quin dels cònjuges associa a l'altre a les seves adquisicions, contemplant-se aiximateix la possibilitat d'associació amb caràcter recíproc, de manera que cadascun faci partícep a l'altre dels béns que hagi anat comprant durant el matrimoni, i fins i tot, la possibilitat de que aquesta associació no sigui estrictament conjugal, sinó que es faci extensiva a altres persones, circumscrites –això sí– a un àmbit exclusivament familiar: els ascendents de qualsevol dels cònjuges. Això és el que prescriu el Codi de Família, seguint el criteri de l'article 54 de la Compilació i de la Llei de 8/1993, de 30 de Setembre, recollint una pràctica relativament extesa. Aquestes modalitats no s'observen a la figura eivissenca on, segons la praxis tradicional era sempre el marit qui acollia a la dona, mai a la inversa, sense que hi capigués la possibilitat d'acolliment mutu i encara menys la possibilitat de donar entrada a altres familiars pròxims, per la senzilla raó que a la figura eivissenca no hi havia cap indicatiu de comunitat.

En algun cas ens trobam documents atorgats per camperols eivissencs on s'endevina una mena de comunitat familiar propera a la que sorgeix de l'associació tarragonina. En són un exemple uns espòlits de principis del segle divuit atorgats amb ocasió de les noces d'un tal Andreu Roig d'Andreu i de na Magdalena Torres. Seguint l'estructura habitual dels capítols eivissencs, després de la constitució de dot i del seu augment mitjançant escriure, el dit Andreu “*inseguint la consuetut de la present Ylla fa aculluch en la mitat dels draps de cambra tant blanchs com llistats; quarta part de tots los milloraments, compras, adquisicions que durant lo present matrimoni Deu volent farem*”. En aquests espòlits intervé com era habitual, el pare del contraient per fer-li tot un seguit d'atribucions en prova del seu vist-i-plau a les noces; concretament, en aquest cas, el pare li fa donació d'una punta de terra i unes oliveres *després de son obte*. Al final de la seva intervenció, el pare del nuvi fa el següent atorgament: “*Y mes promet al dit mon fill la mitat de todas las compras que yo podré fer vivint y aso li promet amb pacte que hajam de viure junts, y no vivint junts en tal cas no vull donarli res de dita part de compras que puch fer vivint*”.

Aquesta darrera clàusula, junt amb la de l'acolliment a favor de l'esposa, ens recorda la comunitat que neix de l'associació a compres i millores en la modalitat més extensa: la que comprèn, a més dels esposos, els ascendents. En els espòlits referits, veiem que, d'una banda, l'home farà

partícep a la seva dona d'una quarta part de les adquisicions oneroses que es realitzin durant el matrimoni; però a més, i d'altra banda, el seu ascendent —el pare del nuvi— promet que farà al seu fill partícep de la meitat de les compres que realitzi a partir d'aquest moment sempre que visquin els tres (el nou matrimoni i ell) sota el mateix sostre. És clar que en aquest cas es formarà una comunitat familiar de fet, donat que tots tres i la descendència que pugui tenir el nou matrimoni, conviuran a la casa. Però, hi ha una comunitat econòmica o almenys, una mena de comunicació patrimonial entre els tres? El fet que intervingui un ascendent, ens recorda l'associació tarragonina, però el resultat no és el mateix, perquè hi ha dos acolliments paral·lels: d'una banda, una associació no recíproca sinó unilateral del pare cap al fill (no cap al matrimoni, com seria lògic al Camp de Tarragona); i d'una altra banda, un acolliment també unilateral del espòs cap a l'esposa; en el primer cas, la proporció consisteix en la meitat; en el segon, es tracta de la quarta part. Els dos atorgaments es produeixen amb ocasió del matrimoni, però a l'atorgament del pare la ruptura de la convivència constitueix una mena de condició resolutòria del negoci: si en un moment donat s'acabés aquesta convivència amb el pare, l'associació es dissoldria, sense que el fill rebés res del que el pare hagués comprat fins aquell moment; es tracta, efectivament, d'una mesura per aconseguir que el fill tingui cura d'ell durant la seva vellesa, però no hi ha una intenció de constituir una autèntica comunitat familiar en el sentit econòmic o, almenys una estructura associativa a l'estil tarragoní.

Per tant, i resumint, encara que en el supòsit referit es puguin trobar semblances amb l'associació tarragonina no podem considerar que es tracti d'una associació a l'estil català sinó de dos acolliments distints pactats amb ocasió del matrimoni de n'Andreu: del pare cap al fill; de l'espòs cap a l'esposa; les proporcions dels quals també divergeixen: la meitat i la quarta part, respectivament. No hi ha doncs, una participació patrimonial tan intensa com la que es constitueix arrel de l'associació catalana a compres i millores.

C.- A més de trobar-hi diferències quant a la nomenclatura (associar / acollir) i als subjectes (qualsevol dels cònjuges o ambdós amb caràcter recíproc o fins i tot donant entrada als ascendents / només del marit cap a la muller), divergeixen en la quantia: a les expressades comarques catalanes l'associació es verificava per parts iguals, mentre que a les Pitiüses l'acolliment és tan sols d'una quarta part. Precisament per tractar-se d'una quarta, s'ha relacionat la institució eivissenca amb l'àmbit de la legítima,

afirmant-se que l'acolliment –recordem, sempre de l'home cap a la dona– venia a ser una forma de compensar l'absència d'una quota legitimària vidual.

D.- La regulació que de l'associació a compres i millores fa el Codi de Família (article 62), seguint els seus antecedents legislatius, contempla el règim d'administració de l'esmentada associació, circumstància que, en part, s'explica pel fet que a Catalunya l'associació a compres i millores pot donar cabuda a altres persones (ascendents) a més dels cònjuges. En canvi, i per les raons que s'explicaran més endavant, quan exposem la naturalesa jurídica de l'acolliment i vegem que constitueix un règim econòmic-matrimonial de separació de béns “relativa”, proper a un sistema de participació en els guanys, ens adonarem que està fora de lloc qüestionar-se qui administrarà els béns afectats per l'acolliment, per la senzilla raó que pertanyen al cònjuge que els ha adquirit i al nom del qual figuren inscrits. En conseqüència, les facultats d'administració i les dispositives pertocaran al cònjuge adquirent d'aquests béns, com passa amb la resta del seu patrimoni.

### 3.- Paral·lelismes

És cert, però, que entre les dues institucions, la catalana i l'eivissenca, s'hi troben alguns paral·lelismes, sobretot en les vicissituds que una i l'altra han sofert a determinades èpoques, com ara la segona meitat del segle XIX i les primeres dècades del XX, moments en els quals s'ha verificat la tendència a considerar una i l'altra com a manifestacions de la *sociedad de gananciales* castellana.

Quant a l'associació tarragonina, com ens explica SANTIAGO ESPIAU (*Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*. Pàg. 366), a la Memòria de DURAN I BAS, de l'any 1.883 (és important destacar-ne la data), s'assimila l'expressada associació catalana al règim de la “sociedad de gananciales”, propi del Dret comú: “*En el Campo de Tarragona existe generalizada la sociedad conyugal con el nombre de asociación o acogimiento a compras y mejoras, lo cual se asemeja bastante a los gananciales de Castilla*”. I no semblava ser una opinió aïllada, sinó que existien precedents doctrinals a Catalunya propensos a “castellanitzar” la figura tarragonina de l'associació a compres i millores. En aquesta línia, a finals del segle dinou, el jurista BIENVENIDO OLIVER assenyalava que “(...) *La igualdad de los esposos (...) encontró su fórmula exacta en la sabia institución visigoda de los*

*gananciales, que han continuado y continúan como costumbre en el Campo de Tarragona*”, referint-se a l’associació a compres i millores. (OLIVER, *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña*. Pàg. 26).

Des del punt de vista jurisprudencial, la DGRN i el Tribunal Suprem marquen igualment aquest mateix corrent consistent a incardinar els pactes econòmics locals propers a la comunitat dins el règim ganancial. SANTIAGO ESPIAU cita la Resolució de 30 de juny de 1.892 (*Comentarios...* Pàg. 366).

I ja en el segle vint, l’*Apéndice de Derecho catalán al Código Civil*, de 1.930 conté una secció titulada “*De los gananciales y otros pactos*”, on s’inclou l’associació a compres i millores.

Respecte a l’acolliment pitiús, tant de bo hagués rebut una atenció semblant, encara que fos equivocada! Les poques vegades que es parla d’aquest pacte capitular és per referències d’alguns autors (mai s’ha recollit en cap mena de projecte o memòria) que, com en el cas del pacte tarragoní, subscriuen la tendència castellanitzadora, assimilant així l’acolliment al règim de la *sociedad de gananciales*. N’és un bon exemple el que a primers del segle XX, diu el jurista valencià, VÍCTOR NAVARRO, al seu llibre *Costumbres en las Pithiusas*: “*El esposo acoge a su futura en la mitad, un tercio o un cuarto de gananciales*” (NAVARRO. *Costumbres en las Pithiusas*. Pàg. 138). I unes dècades després, cap als anys quaranta, l’advocat eivissenc COSTA RAMON fa la mateixa identificació: “*los gananciales, en Ibiza se llaman milloraments*” (COSTA RAMÓN. *Derecho foral ibicenco*.)

No hem d’oblidar, però, que aquestes opinions doctrinals, tant a Catalunya com a Eivissa, s’inscriuen dins un context molt concret, caracteritzat per l’efervescència de la codificació civil espanyola. En aquella època hi havia una opinió molt extesa, tendent a minimitzar el fenòmen foral. En el cas de VÍCTOR NAVARRO, els termes en què s’expressa són coherents amb el seu pensament, havent donat que considerava que les Pitiüses seguien el Dret comú amb petites salvetats (NAVARRO. Op. cit. Pàg. 154); opinió que alhora entén el fenòmen foral com un dret excepcional dins el gènere “dret comú”.

I des d’un punt de vista pràctic, aquest corrent d’assimilació amb el règim dels “gananciales” es reflecteix igualment als documents notariaus. A l’hora d’autoritzar escriptures d’espòlits alguns notaris, cap al darrer terç del segle dinou i primeres dècades del vint, han sofert una mena d’atracció espontània cap al règim castellà. Veiem-ne alguns exemples:

\*Espòlits de 1.865: “*Ambos Antonio e Inés quieren que todo lo que adquirirán constante matrimonio se consideren gananciales divisibles tres partes a favor del marido y una a favor de la mujer*”. Notari Puget.

\*Espòlits de 1.924: “*Los comparecientes, Juan (...) y María (...), con el beneplácito de sus respectivos padres, tienen acordado contraer matrimonio canónico el día (...), queriendo que todas las compras, mejoras y adquisiciones que durante el mismo realizarán sean considerados bienes gananciales divisibles en la proporción de tres cuartas partes para el marido y la restante cuarta parte para la mujer*”. Notari Bauzá.

Ara bé, aquesta tendència s'explica bàsicament per un seguit de fets i circumstàncies que només deixarem ressenyats:

A.- La reorganització política i administrativa, de caire centralitzador, promoguda pel primer monarca de la nissaga borbònica, Felip Vè, mitjançant els Decrets de Nova Planta, en els territoris que havien donat suport al seu adversari, l'Arxiduc d'Àustria durant la Guerra de Successió. Un d'aquests territoris fou el balear, on s'instaurà el Decret en 1.715. Per això resulta significatiu el fet que els documents capitulars dels primers anys del XVIII són fets en català, fins i tot un de l'any 1.716, on el nuvi atribueix a la seva promesa l'úsdefruit universal. Els atorgaments posteriors, però, apareixen formulats en castellà, com ara un de 1.764 que ja ha passat pel “tamís” del famós Decret, i que reflecteix uns espòlits entre dos futurs esposos, dels quals ella és vídua: “(...) *Y por quanto a las viudas que contrayen matrimonio si les hasen aumento sive crece siguiendo la práctica y buen costumbre de la presente isla, la acoge en la mitad de liensos de cassa, lisos y honestos, vestido de luto, quarta parte de mejoras que durante el matrimonio hará, todo lo cual le salva y asegura sobre todos sus bienes havidos y por haver (...)*”.

B.- El corrent il·lustrat que, amb més o menys èxit, es deixa sentir al territori pitiús; en aquest aspecte, la creació, en 1.782, del Bisbat d'Eivissa, essent Manuel Abad y Lasierra el seu primer bisbe, suposarà l'empresa de reformes dirigides a generalitzar l'ús del castellà en tots els registres eclesiàstics.

C.- La formació castellana dels funcionaris que vingueren a Eivissa a desenvolupar els seus càrrecs. Tal va ocórrer amb els notaris, que ja no tenien una formació catalana. La generalització de l'ús de la llengua castellana en la redacció dels documents oficials i, pel que ara ens interessa, en els notariais, trobarà en l'expressió “gananciales” una fàcil

traducció de l'objecte del pacte d'acolliment.

Particularment, no crec que ningú s'hagués aturat a pensar davant quin tipus de pacte o règim estava per tal d'esbrinar-ne la seva autèntica naturalesa jurídica i articular així la seva exacta formulació. El criteri apuntat, del Tribunal Suprem i de la DGRN, mitjançant les seves resolucions, ja responien a les eventuais o nul·les qüestions que sobre el particular tal vegada es poguessin fer els professionals d'Eivissa.

## II.- ELS SUBJECTES DE L'ACOLLIMENT

En aquesta matèria hauríem de distingir prèviament dos aspectes: el purament extern i formal, referit al moment de establir-se el pacte (a), i el relatiu al seu significat i conseqüències (b).

a.- Des del punt de vista purament extern o formal, observant fragments documentals d'espòlits, descobrim que en les escriptures més antigues la fórmula de constitució d'aquest pacte recull quasi sempre una declaració de voluntat unilateral: “(...) *Y presente el dicho Ignacio (...) acepta la dicha Josepha por su venidera esposa (...) y la acoge en la mitad de liensos de cassa (...)*, diuen uns espòlits de 1.764; seguint la mateixa línia, en uns capítols autoritzats més de cent anys després, concretament en 1.875, es diu: “(...) *Tercero.- El contrayente Vicente libremente otorga: (...) insiguiendo la practica y buena costum de la presente isla (...), la acoge en la mitad de liensos de camara (...) quarta parte de adquisiciones (...)*.”

En aquest sentit, hom podria assegurar que per a constituir aquesta figura jurídica és suficient la declaració de voluntat d'un sol subjecte (el promès), sense necessitat d'una correlativa manifestació volitiva d'acceptació per part de la persona “acollida”, perquè mai apareix una declaració semblant de la núvia.

De totes maneres, no oblidem que estem parlant d'un aspecte merament formal: encara que en els espòlits dels segles XVIII i XIX formalment fos només el nuvi (persona acollidora) qui expressava aquella manifestació, el fet que la núvia comparegués en l'atorgament del negoci jurídic principal (espòlits) on es contenia l'acolliment ja implica una mena d'acceptació tàcita de la dona (persona acollida) a la manifestació unilateral d'acolliment expresada per l'home.

En alguns documents cronològicament posteriors, aquesta mena d'unilateralitat desapareix mitjançant fórmules més properes al conveni:

\*“(…) *Primero.- Que los comparecientes, Mariano ... y María ... pactan los siguientes capítulos: 1º.- Todas las mejoras, compras y adquisiciones que realicen los consortes durante el matrimonio, serán repartidas a la disolución del mismo, en una porción de tres cuartas partes para el marido y la restante cuarta parte para la mujer (...)*”, en uns espòlits de 1.906;

\*“(…) *Los comparecientes Juan ... y María ... tienen acordado contraer matrimonio canónico el día ... queriendo (per tant, ambdós contraients) que todas las compras, mejoras y adquisiciones que durante el mismo realizarán sean ...*”, en uns espòlits de 1.924;

\*“(…) *Los dos primeros comparecientes ... llegado este caso (de contreure matrimoni, vol dir) convienen en que cuantas adquisiciones y mejoras realicen durante el mismo sean divisibles entre ellos (...)*”, en espòlits de 1.940.

En aquests tres fragments capitulars, tots ells del segle XX, la institució de l'acolliment es configura formalment com un negoci bilateral, és a dir, són ambdós nuvis els qui expressen la voluntat comuna de dividir-se d'aquesta manera les eventuals millores i adquisicions. Fins i tot, per a constituir l'acolliment s'utilitzen els verbs en tercera persona del plural, emprant-se aiximateix en la redacció els termes “pacto” o “capítulo” per a designar aquest negoci jurídic. I aquesta fórmula dual o consensuada és la que definitivament s'imposa a l'hora d'establir l'acolliment. Com apunta CERDÁ GIMENO (*Comentarios... 1ª Edición*. Pàg. 64), en els protocols moderns la constitució de l'acolliment en una quarta part consisteix en dir que “*Todas las mejoras, compras y adquisiciones a título oneroso que realicen, constante matrimonio, serán divisibles a su disolución en la proporción de una cuarta parte para la mujer y las restantes tres cuartas partes para el marido*”.

Veiem, doncs, com al llarg del temps l'aspecte més extern i formal de constitució de l'acolliment ha anat evolucionant des d'una aparent unilaterialitat (l'home decideix que una quarta part del que anirà adquirint sigui per la dona), passant pel consens a l'hora d'establir formalment aquesta figura, fins arribar a una fórmula definitiva d'establiment d'un règim de participació on és més palesa la intervenció d'ambdós interessats.

b.- Des d'un punt de vista més material, centrat en el significat i conseqüències de l'acolliment, en tots els documents examinats, sigui quina sigui la fórmula emprada per a la redacció del pacte (o, en el seu cas, declaració unilateral) és l'home qui adopta el paper d'acollidor i la dona qui assumeix el paper de beneficiària de l'acolliment. Per què? L'acolliment

sempre s'ha donat en la mateixa direcció, és a dir, de l'home cap a la dona, perquè dins la societat pitiüsa fins fa poques dècades era convicció arrelada que l'home era l'única persona que podia exercir de cap de família, circumstància que comportava que solament ell podia desenvolupar una feina fora de la llar i aportar un sou procedent de l'exterior. Es podria argumentar que a Eivissa i Formentera, com a la resta de les Balears, el règim de separació de béns on pareix emmarcar-se l'institut de l'acolliment, permetia precisament l'existència de patrimonis conjugals separats, la qual cosa ja és un indicatiu de la possibilitat de creixement d'ambdues masses patrimonials. És cert, i de fet hi ha hagut casos de dones casades amb patrimonis força sòlids; el que passa és que aquests patrimonis pertanyents a dones procedien de donacions o d'herències dels seus ascendents (sobretot quan aquestes dones no tenien germans mascles que haurien estat els hereus), i els dits patrimonis heretats no entraven dins la consideració de “milloraments”, “compres” ni “adquisicions”.

Dit això, queda clar que l'únic consort que podia acollir era l'home, pel fet esmentat que era l'únic dels dos que tenia possibilitats reals de tenir ingressos, és a dir, increments patrimonials. Això ha estat així, encara que de vegades les escriptures notariales parlin impersonalment, com si fos indiferent qui les dugués a terme, de “las mejoras que se realicen durante el matrimonio”. A més a més, no s'han trobat escriptures d'acolliment de la muller envers el marit ni tampoc escriptures reflectint acolliments mutus. Ho constata el propi CERDÀ GIMENO (op. cit. Pàg. 64).

Avui en dia aquesta concepció tan estricta de l'economia familiar —que no és un tema econòmic o pecuniari, sinó més aviat sociològic— ja no es pot tenir en compte a l'hora de considerar l'institut de l'acolliment en una quarta part, per la senzilla raó de que en l'actualitat tant l'home com la dona tenen en principi les mateixes possibilitats d'incorporar-se al món del treball i d'obtenir uns beneficis que permetin tant a un com a l'altre d'augmentar i millorar el respectiu patrimoni. Haurém d'analitzar si aquest pacte de tradició secular pot ser establert de la dona cap a l'home o millor, en sentit recíproc, encara que això suposi anar contra el costum. Les consignes de la Constitució espanyola de 1.978 semblen apuntar cap a la solució de la reciprocitat: el principi de no discriminació per raó de sexe (article 14), d'igualtat jurídica entre els dos membres del matrimoni (article 32) i el deure que incumbeix a ambdós cònjuges de contribuir al sosteniment



de les càrregues familiars, que estableix l'article 67-2 de la nostra Compilació així ho aconsellen.

### III.- L'OBJECTE DE L'ACOLLIMENT

Els béns patrimonials en què es concreta l'acolliment han sofert una mena d'evolució, o millor dit, de "reducció".

En efecte, fins a la meitat del segle XIX els espòlits amb acolliment diuen que el nuvi acull a la futura esposa "*ab la mitat de drops. de cambra tant blancs com llistats, vestit de plor qta. part de milloramts. compras y adquisicions que faran...*" (any 1.703), i el mateix estableixen certes escriptures decimonòniques: "*Y siguiendo la consuetude y práctica de esta Isla la acoge en la mitad de lienzos de cámara blancos y listados vestido de luto y cuarta parte de todo cuanto adquirirán y multiplicarán constante el matrimonio (...)*", diuen uns espòlits de 1.855, emprant idèntiques paraules que uns altres de 1.832.

En canvi, a la segona meitat del segle XIX desapareixen de la fórmula de l'acolliment els elements "tèxtils", concentrant-se l'objecte de la institució en "*la cuarta parte de todos los bienes, mejoras y adquisiciones que Dios mediante harán durante el matrimonio proyectado*" (en espòlits de 1.875) o, com expressen altres documents més propers en el temps: "*Todas las mejoras, compras y adquisiciones que realicen durante el matrimonio*" (espòlits pactats durant el segle XX).

Anem a examinar cadascun dels elements que són o han estat objecte del pacte, començant per aquells elements només esmentats en els documents més antics de què disposam (segle XVIII i primera meitat del XIX):

#### **1.- La meitat dels draps de cambra, tant blancs com llistats i el vestit de plor**

Tal com es redactava aquest conveni, sembla ser pel que fa als draps de llit que aquestes robes de casa existien en el moment mateix del pacte, és a dir, no es tractava de futures o eventuais adquisicions; d'altra banda, sorprèn al lector la mesura en què l'home acull a la dona en aquestos elements: la meitat, superior a la proporció –un quart– en què acull a l'esposa en els altres béns.

Quant al vestit de plor, recordem les paraules del valencià VÍCTOR

NAVARRO, escrites a primers del segle vint, prou gràfiques, quan es refereix al dol: *“Los payeses lo demuestran llevando, además de la ropa negra, los hombres el capucho de paño pardo con la capucha calada aunque sea en el rigor del verano; y las mujeres el abrigo o un gran manto que las cubre casi todo el cuerpo desde la cabeza, y que no abandonan ni aun para ir por agua a la fuente”* (NAVARRO. Op. cit. Pág. 149). L’acolliment en el vestit de plor és una subtil al·lusió a l’eventual premoriència del marit i, alhora, una indicació dirigida a assegurar-se que, una vegada mort ell, l’esposa guardaria mentre visqués la seva memòria.

L’acolliment en la meitat de roba de llit i en la de dol no sembla revestir una finalitat pròpiament compensatòria o reconeixedora de l’esforç que s’espera farà la dona en favor de la casa i de l’explotació, com sí s’aprecia en l’acolliment en la quarta part dels milloraments i adquisicions oneroses; sinó que sembla respondre a una exigència de justícia, “d’humanitat”, en el sentit que era el mínim que podia tenir en propietat la vídua que continuava visquent a la casa conjugal, una casa de la qual ella no se’n podia sentir mai propietària, ja que en la majoria dels supòsits, quan es casava era encara la casa del sogre i quan moria el marit la dita casa era ja propietat del fill (primogènit o hereu). De manera que l’esposa, durant la seva viduïtat només podia ser autèntica propietària dels llençols de la casa i del vestit de dol, és clar, però del mobiliari només en podia fer ús en qualitat d’usufructuària.

Els elements esmentats semblen al·ludir al parament de la casa, o almenys, a una part del parament, i ens recorden certs beneficis viduals que amb més o menys diferències, regeixen a diversos llocs de la geografia espanyola:

a.- A Mallorca i Menorca, per imperatiu de l’article 3, paràgraf segon de la CDCB, el cònjuge sobrevivent esdevindrà propietari de tot el parament conjugal a la mort de l’altre. És a dir, dins el règim legal supletori de separació de béns, la Compilació parteix de la presumpció consistent en que, en vida d’ambdós consorts, eren propietaris a parts iguals, de manera que a la mort d’un d’ells, l’altre detreu la meitat que corresponia al difunt sense que es consideri part del cabal relicte i, en conseqüència, sense que es computi a la porció hereditària del vidu o vídua.

b.- A Catalunya, en virtut de l’article 35 del Codi de Família, inclòs dins el Capítol V del Títol I, rubricat “Dels drets viduals familiars”, s’aplica un benefici similar al de Mallorca i Menorca, amb la diferència que el

sobrevivent esdevé amo de totes les robes, mobiliari i estris que constitueixen el parament conjugal, independentment de que durant el matrimoni, aquestos béns fossin copropietat dels dos consorts o exclusivament correspongués la titularitat a un d'ells.

En un sentit més pròxim al cas eivissenc, l'article 19 de la Compilació de Catalunya de 1.960 establia que eren propietat de la muller els vestits i robes d'ús personal, encara que haguessin estat adquirits amb diners del marit. Els objectes esmentats aquí i la persona beneficiària –només la dona– ens aproximen al cas pitiús, encara que la norma catalana incloïa altres béns dins aquesta atribució, com ara l'anell nupcial i el llit conjugal.

c.- A Aragó existeixen les anomenades “aventajas”, que comprenen objectes molt similars: “sus ropas de uso y llevar, sus instrumentos de trabajo de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial y ajuar de casa, en consonancia con el tenor de vida del matrimonio”, diu l'article 57 de la Compilació de Dret Civil d'Aragó, incardinant la institució jurídica de les “aventajas” dins el règim econòmic legal, que és de comunitat limitada.

d.- A la Comunitat Foral de Navarra, la Llei 90 del Fuero Nuevo regula “el derecho de mejoría o ventajas”, que inclou “ropas y efectos de uso personal, así como los demás objetos de ajuar de casa cuyo valor no fuere excesivo (...)”, amb possibilitat de detracció d'altres béns: “instrumentos de trabajo de un valor no desproporcionado al patrimonio común”. Com en el cas aragonès, aquest dret s'emmarca dins un règim econòmic conjugal (“conquistas”) de comunitat limitada.

e.- Per últim, el Codi Civil espanyol, a l'article 1.321 atribueix les robes, mobiliari i estris que constitueixen el parament de la vivienda habitual comuna dels esposos, al qui de ells sobrevisqui, sense que es computi a la seva participació hereditària.

Tornant al supòsit eivissenc, i comparant-lo amb les institucions que acabam d'esmentar, podem dir:

1.- Que els objectes que comprenia l'acolliment pitiús en la meitat es semblen força als regulats en altres territoris hispànics per les respectives lleis. Però a les Pitiüses l'àmbit objectiu resulta molt més reduït, ja que es limita a elements purament tèxtils, sense comprendre-hi el mobiliari de la casa. Es circumscriu, doncs, als objectes d'ús més personal i quotidià.

Aquesta atribució tan raquítica, sobretot si la comparam amb les de les regions esmentades, s'explica per la modesta economia que ha regit les

Pitiüses des de l'Edat Mitjana fins ben entrat el segle XX. A Vila fins i tot les famílies benestants han dut una vida sòbria, i pel que fa a la ruralia, on s'emmarca la figura que estudiam ara, ha estat la seva una secular economia de subsistència que ha permès a les famílies (grups amplis comprensius de varies generacions) d'obtenir tot just el que necessitaven per a viure. En aquest sentit, interessien les paraules de MARÍ RIBAS, "REIALA", explicatives del modus vivendi de les famílies camperoles al llarg dels segles: *"Cada família s'organitzava l'explotació de les seves terres assolides, repartint entre tots els components les diverses ocupacions que es feien necessàries per a la subsistència (...). Anys i més anys cultivaren els mateixos productes, es malvestiren de la mateixa manera, guardaren religiosament els mateixos costums, feren servir les mateixes ferramentes i aparells rudimentaris, tot sovint construïts pels mateixos usuaris de manera artesanal. Es pot dir que l'Edat Mitjana s'establí a les Illes Pitiüses fins el segle XVIII. (MARÍ RIBAS, "REIALA". El diputat eivissenc Josep Ribas Ribas i el seu entorn històric. 1763-1831. Pàg. 40).*

Aquesta "ajustada" economia explica que, en un món tan pobre, les robes més elementals, encara que modestes, tinguessin la seva importància sobre el conjunt del patrimoni conjugal.

2.- Aquesta atribució es feia en atorgar espòlits de cara a un matrimoni imminent, però sembla ser que s'atorgava amb mires a una possible premoriència del marit, de tal manera que la meitat d'aquelles robes haurien de ser per a l'esposa sense que es consideressin heretades; tal vegada l'altre meitat es suposava que ja era propietat de la dona. Com en la resta de drets esmentats procedents d'altres llocs d'Espanya, l'atribució que es feia a Eivissa no tenia un caràcter successori, sinó que es tractava d'una atribució establerta en un acte entre vius –els espòlits– que precisament, servia per excloure els hereus del marit respecte d'aquests béns.

3.- A la nostra Compilació, i a diferència del que ha ocorregut respecte a Mallorca i Menorca (article 3 CDCB) no s'ha incorporat per a Eivissa i Formentera un dret legal de predetracció a favor del cònjuge supervivent. Manca a les Pitiüses una norma legislativa semblant a la de l'article 3, que tingui per objecte els béns integrants del parament de la vivenda conjugal, encara que com hem vist, antigament s'acostumava a establir voluntàriament una atribució similar.

Vegem ara els elements patrimonials que han perviscut al llarg del temps arribant gairebé als nostres dies:

## 2.- Milloraments

En els documents d'espòlits redactats en català s'utilitza la paraula “milloraments”; en els espòlits formulats en llengua castellana aquest terme es tradueix per “mejoras” o “mejoramientos”, unes vegades, i per “gananciales”, d'altres. Ja hem fet referència anteriorment a aquest fenomen que dona lloc a un contrasentit, puix que l'acolliment en una quarta part dels milloraments s'emmarca dins el sistema de separació de béns, precisament per atenuar-ne les rígides conseqüències. La redacció en castellà d'uns pactes d'arrel catalana, i establerts secularment per una població de parla catalana, condueix inevitablement a traduccions artificials i fins i tot imperfectes, havent donat que algunes d'elles impliquen el trasllat de figures procedents del dret castellà a un territori amb unes institucions jurídiques pròpies. La traducció dels “milloraments” per “gananciales” comporta introduir un terme jurídic estrany i fins i tot, incompatible amb el dret consuetudinari eivissenc.

Sigui com sigui, enlloc se'ns especifica quins conceptes tenen cabuda dins la noció de “milloraments”. Com que la llei mai s'ha ocupat directament de la institució de l'acolliment, no hi ha una definició legal d'aquells. Des d'un punt de vista doctrinal, COSTA RAMÓN (op. cit. Pàg. 34) ens diu que *“milloraments” o mejoramientos, es palabra que indica acción de mejorar, o sea, adelantar, acrecentar el patrimonio de los cónyuges*. De tota manera, hem de tenir en compte que per a COSTA els milloraments eren una mena de “gananciales” a l'eivissenca: *...“Los gananciales, que en Ibiza se llaman milloraments (...)”*. En un sentit semblant, MACABICH afirma que el millorament és l'efecte d'augmentar el patrimoni (op. cit. Pàg. 105).

Amb aquestes definicions no sabem ben bé què s'ha d'entendre per milloraments. Si recorrem a la institució catalana amb la qual sembla existir un cert parentiu –l'associació a compres i millores–, l'article 61-5 del Codi de Família defineix les millores com els “augmentos de valor dels béns de qualsevol persona associada deguts a impenses útils, inversions en pagament de deutes o llegendes i redempció de censos i censals”.

Tornant al supòsit eivissenc, prendrem com a definició de “millorament”, l'increment de valor d'un bé. Això planteja tres qüestions:

a.- Sobre qualsevol bé? Millorament serà el major valor que experimentin tots els béns del cònjuge, tant els exclosos com els afectats per l'acolliment. Ara bé: quant els afectats per l'acolliment, la millora o millorament ja va inclòs en el valor que se'ls adjudicarà al temps de la

liquidació.

b.-Generats en qualsevol temps? Els milloraments que es computen són els generats durant la vigència del pacte d'acolliment. Per això seria aconsellable que en el moment de pactar els espòlits (recordem que estem davant una estipulació necessàriament capitular) s'incorporés a l'escriptura un inventari dels béns de cada contraient (o espòs, si s'atorguen espòlits constant matrimoni), on es descriguessin tots els béns pertanyents a cadascun i se'ls assignés un valor. A més, seria aconsellable que es fes constar a l'escriptura que els dits valors assignats s'accepten per ambdues parts. Aquestes previsions evitarien suspicàcies i intents de frau.

c.- Són milloraments les plusvàlues generades per qualsevol causa? Tal vegada aquesta sigui la qüestió més dubtosa. D'una banda, i des d'una perspectiva tradicional, sabem que es pressuposava que les actuacions que comporta la millora, la compra o l'adquisició onerosa eren dutes a terme exclusivament per l'home, únic cònjuge amb possibilitats reals d'aportar ingressos a casa procedents de l'exterior; i, correlativament, es reconeixia a la dona la seva feina a la casa i a l'explotació. Totes dues consideracions implicaven reconèixer l'esforç de cada consort. En aquest sentit, sembla ser que el millorament només pot deure's a la indústria o inversió d'un cònjuge i no a meres causes fortuïtes; aquesta opinió vé reforçada pel fet que els altres conceptes inclosos en el pacte d'acolliment –compres, adquisicions oneroses– al·ludeixen a béns patrimonials obtinguts gràcies a un esforç (un preu que s'ha hagut de pagar; una altra cosa que s'ha hagut de donar a canvi de l'adquisició onerosa). Entrarien dins aquesta noció de “millorament”, per exemple, la transformació material d'un bé deguda a la inversió del seu propietari, com ara la construcció sobre una finca on abans no hi havia res, o l'ampliació d'una casa; o la seva restauració; la modernització del sistema de reg d'una explotació agrària, etc.

L'argumentació que acabam d'exposar és prou concorde amb l'esperit del pacte d'acolliment, la redacció del qual ja inclou els verbs “faran”, “adquiriran”, “multiplicaran”, que denoten acció, una actitud dinàmica, dirigida a assolir un bé o un guany. Des d'aquesta òptica, no entrarien dins la noció de “millorament” les plusvàlues originades per circumstàncies alienes a la voluntat del cònjuge titular del bé, és a dir, circumstàncies independents del seu treball o esforç, com per exemple, la requalificació d'una parcel·la. Malgrat això, si no es consideren milloraments aquests majors valors aleatoris o fortuïts resultarà que aquests quedaran en benefici exclusiu del cònjuge propietari sense que pugui participar-hi el seu consort,

la qual cosa pot ser ben injusta, puix es recompensaria en excés la sort del seu amo “mandrós” o inactiu, en perjudici de l’altre.

Relacionat amb el que acabam de dir, sorgeix una altra qüestió dubtosa: a l’hora d’avaluar els béns exclosos de l’acolliment, per tal de saber si han experimentat o no increments, s’haurà d’actualitzar el valor que ja tenien en el moment de pactar-se el règim o, en el cas d’adquisicions no oneroses fetes constant matrimoni, en el moment en què van ser rebuts. Es tractarà d’un ajust purament monetari però, aquesta diferència, s’ha de computar com a millorament? Sens dubte, la resposta afirmativa resulta més favorable per al consort del titular d’aquests objectes.

### **3.- Compres**

La paraula emprada en la formulació del pacte d’acolliment és prou clara i gràfica: es refereix exclusivament als béns que per aquest títol s’adquireixin constant matrimoni. Tradicionalment es tractava de béns comprats pel marit, de manera que romanien fora de l’acolliment els béns comprats per l’esposa en qualsevol temps (cosa prou improbable en la pràctica) i els que hagués comprat el marit abans de casar-se.

A propòsit de l’associació tarragonina, el Codi de Família estableix a l’article 61-4 que s’entendrà per compres els béns que, constant l’associació, qualsevol dels associats adquireixi a títol onerós o obtingui per la seva professió, la seva indústria o el seu treball.

Al pacte pitiús, en canvi, les compres es consideren en el seu sentit estricte, ja que les obtencions degudes a un esforç s’incardinen dins la noció d’adquisició onerosa o de millorament, encara que respecte aquests darrers, ja hem dit que raons de justícia aconsellen incloure dins els milloraments les plusvàlues independents de l’esforç personal.

### **4.- Adquisicions**

Es tracta d’una expressió una mica genèrica o ambigua, perquè les compres ja ho són, d’adquisicions. No sabem, doncs, del cert si quan es redactava la fórmula “quarta part dels milloraments, compres i adquisicions”, aquests dos darrers substantius s’empraven com a sinònims o si, pel contrari, el terme “adquisicions” havia d’alludir als béns que han ingressat dins el patrimoni per causa distinta de la compravenda.

Com explica CERDÀ GIMENO (op. cit. Pàg. 64), en els protocols moderns

es diu “todas las mejoras, compras y adquisiciones a título oneroso (...)”, la qual cosa ens permet deduir clarament que romanen fora del pacte d’acolliment les adquisicions efectuades per donació i per títol hereditari.

S’inclouen dins el terme “adquisicions oneroses” els fruits i les rendes? En cas afirmatiu, els generats per qualsevol bé? Entenem que són partides que encaixen perfectament dins el concepte “adquisicions”. Creiem a més, que és indiferent els béns de què emanin (és igual si provenen de béns anteriors al pacte; de béns adquirits entre vius o per causa de mort; de béns obtinguts gratuïtament o onerosa), perquè el que importa és el moment en què s’ha generat el fruit o renda. En conseqüència, seran adquisicions oneroses sempre i quan els esmentats fruits o rendes s’hagin produït durant la vigència del règim d’acolliment. L’obtenció d’aquests productes denota treball, és a dir, un component d’esforç i d’onerositat que casa amb la idea d’adquisició reflectida en el pacte. D’altra banda, per considerar aquestes percepcions com adquisicions oneroses és necessari que subsisteixin al temps d’extingir-se el règim, de manera que els fruits o rendes que no hi són en aquest moment final s’ha de suposar que s’han destinat a sostenir càrregues o despeses matrimonials, familiars o, fins i tot, personals. No tractarem d’esbrinar, en principi, perquè no hi són en el patrimoni en finalitzar el règim, ja que el destí normal d’aquests ingressos és el seu consum. A més, resultaria extremadament complicat haver de reconstruir tots els moviments d’ingressos i despeses des de l’inici de l’acolliment fins a la seva extinció, sobretot si aquest règim ha durat molts anys.

## **5.- Béns exclosos**

Desglossats els tres conceptes que apareixen a la fórmula moderna del pacte d’acolliment, anem a sensu contrario a esbrinar els béns exclosos:

1.- Béns existents en el patrimoni del cònjuge a l’hora de pactar l’acolliment; dins el terme “béns”, s’han de comprendre els corporals, els immaterials, drets reals i de crèdit; és a dir: tot element susceptible de valoració econòmica (béns patrimonials); quant els drets de crèdit, estaran exclosos de l’acolliment encara que no estiguin vençuts ni pagats en el moment d’atorgar espòlits, perquè la circumstància que fa que romanguin exclosos de l’acolliment és el moment de néixer el crèdit, anterior a la vigència del pacte d’acolliment.

2.- Béns adquirits durant la vigència de l’acolliment per subrogació real dels que hi eren al començament del règim, amb independència de que la



subrogació es degui a una causa voluntària (permuta) o aliena a la voluntat del propietari (expropiació forçosa). Hem de matitzar, però: el bé substituït, en sí mateix, queda exclòs de l'acolliment, però sí s'inclourà —en concepte de “millorament”— el major valor que hagi experimentat aquest bé al llarg del règim.

3.- Béns adquirits per causa de mort (herència, llegat, donació mortis causa, fideicomís...), independentment del temps de l'adquisició.

4.- Béns adquirits entre vius per títol gratuït (donació).

5.- Béns que han substituït per subrogació real d'altres adquirits durant el règim per causa de mort o lucrativament. Aquí cal dir el mateix que en el punt segon.

6.- I les adquisicions gratuïtes que constitueixin ingressos periòdics? Com ara una aportació continuada dels pares a la vida diària dels esposos; segons GERNHUBER, en el règim de participació en guanys del dret alemany aquestes aportacions no es computen com a patrimoni inicial (no es dedueixen del patrimoni existent en el moment de la liquidació), perquè altrament, s'estaria perjudicant a l'altre cònjuge (li impediria participar en aquestos valors). (LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil*, IV. Derecho de Familia. Vol. 1º. Pàg. 513). I si aquests ingressos periòdics i gratuïts deriven d'una renda vitalícia o d'una assegurança de vida a favor d'un cònjuge que no ha hagut de pagar les primes? LACRUZ (op. cit.) i PUIG FERRIOL (PUIG FERRIOL; ROCA TRIAS. *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*. Vol. II. Dret de la persona i dret de família. 5ª Edició. Pàg. 375), pensant en el règim de participació en guanys del Codi Civil i del Codi de Família, respectivament, estimen que s'han de computar dins el patrimoni inicial i, per tant, s'han de deduir del final, la qual cosa, traslladada al pacte pitiús que estem estudiant equivaldria a dir que queden exclosos de l'acolliment.

7.- Quantitats procedents d'indemnitzacions per danys corporals o morals en la persona d'un cònjuge o per pensions alimentàries o d'invalidesa, o d'altres de caire personalíssim; segons PUIG FERRIOL (op. cit. Pàg. 375), s'inclouen en el patrimoni inicial, perquè aquí el cònjuge percep unes quantitats inherents a la seva persona, que si bé és cert tenen una traducció pecuniària, difícilment encaixen en el concepte “guanys”. Traslladant això al règim eivissenc, diríem el mateix que en el supòsit anterior: aquestes quantitats romandrien fora del pacte d'acolliment.

8.- I els fruits i rendes dels béns esmentats en els punts precedents? Podem dir que quedarien fora de l'acolliment (com els béns de què emanen) els fruits ja percebuts, pendants o emmagatzemats al temps de pactar-se el règim.

## **IV.- LA QUANTIA DE L'ACOLLIMENT**

Els documents d'espòlits que contenen el pacte d'acolliment l'assenyalen en una quarta part dels milloraments i adquisicions oneroses que es faran constant matrimoni. Seguint aquesta pràctica, el text legislatiu de 1.990 es refereix a l'acolliment en un quart, sense fer al·lusió a altres proporcions. Hom podria preguntar-se si s'han operat acolliments de quanties diferents; hi ha autors que semblen afirmar l'existència d'acolliments superiors a un quart; en aquest sentit s'expressava a primers del segle vint el jurista NAVARRO: *"El esposo acoge a su futura en la mitad, un tercio o un cuarto de gananciales"* (NAVARRO, op. cit. Pàg. 138); una mica més prudent, MACABICH reconeix que només es pacta per meitat en ocasions comptades (MACABICH, op. cit. Pàg. 105), la qual cosa ja sembla ser una constatació o almenys un indici de la realització d'acolliments majors; encara que tal vegada aquest acolliment en la meitat a què fa al·lusió l'autor es refereix al que es solia pactar antigament referit als llençols. En dècades posteriors, el que fou notari de Formentera i posteriorment, d'Eivissa, CERDÀ GIMENO, confessa no haver vist mai cap espòlit que documenti acolliments diferents de la quarta part (CERDÀ, op. cit. Pàg. 65).

## **V.- NATURALES JA JURÍDICA**

### **1.- Naturalesa contractual**

L'acolliment en una quarta part dels milloraments neix d'una manifestació de voluntat recollida necessàriament en espòlits. Vegem-ne els seus trets:

1.- Encara que en els documents més antics es diu expressament que el nuvi acull a la seva futura esposa, és a dir, hi ha només una manifestació de voluntat, la de l'home, entenem que existeix una mena d'acceptació tàcita per part de la dona, puix no hem d'oblidar que aquesta promesa s'inscriu sempre dins el negoci jurídic dels espòlits. En els capítols matrimonials de finals del segle dinou i en els autoritzats durant el segle vint aquesta

promesa ja es redacta en plural, reflectint-se clarament que convergeixen dues declaracions voluntàries. En conseqüència, ens trobam davant un negoci jurídic bilateral.

2.- Aquest negoci bilateral té un caire patrimonial, donat que té per objecte elements o interessos susceptibles de valoració pecuniària. De totes maneres, la seva qualificació de negoci patrimonial no li lleva el seu component familiar: no oblidem que el seu pressupòsit rau en la celebració del matrimoni.

3.- Quin tipus de negoci patrimonial és? És clar que no es tracta d'un negoci de disposició, perquè el nuvi en el moment de prometre l'acolliment no es desposseeix de cap bé; només li està prometent a la núvia una part del que espera anar obtenint durant el temps del matrimoni. L'objecte de l'acolliment està constituït per béns que encara no existeixen i per tant, ningú pot disposar d'allò que no té. Sí podria pensar-se que estem davant un negoci patrimonial obligatori, en el sentit que en el moment de prometre l'acolliment un nuvi s'està imposant l'obligació de transmetre o fer partícip a l'altre d'una part dels béns que eventualment adquirirà.

Podem afirmar, doncs, que l'acolliment té el seu origen en un negoci jurídic bilateral, patrimonial i de caire obligatori. En definitiva, es tracta d'una institució purament voluntària i convencional que participa dels trets propis dels contractes. En particular, el d'acolliment:

1.- És un contracte de caràcter accessori; l'acolliment no pot establir-se d'una manera aïllada o independent com si fos un negoci autònom, sinó que necessàriament s'ha de pactar en espòlits, havent donat que té com a causa la celebració del matrimoni. El fet que l'acolliment revesteixi l'apariència de clàusula capitular no li treu autonomia com a institució jurídica.

2.- És un contracte solemne; exigeix una forma especial per assolir una plena constitució i eficàcia. Aquesta forma especial s'acompleix amb l'atorgament d'escriptura pública, que no pot ser qualsevulla, sinó una de determinada: l'escriptura d'espòlits. Això precisament, és degut al caràcter dependent o accessori de l'acolliment, que acabam de ressenyar.

3.- Té un component preparatori, propi dels pactes normatius; en el moment d'estipular-se l'acolliment no hi ha un objecte concret i existent, limitant-se el pacte d'acolliment a establir unes regles de joc de cara a eventuais adquisicions oneroses que es puguin realitzar durant el matrimoni.

4.- Hi ha un “animus donandi”? Si partim del pressupòsit que fins fa poques dècades l'home era l'únic cònjuge amb possibilitats d'exercir una feina remunerada i, en conseqüència, de dur a casa uns ingressos, s'ha de considerar que la promesa de fer partícep a la dona de la quarta part dels béns que ell ha anat obtenint a base del seu treball vé a ser una mena de concessió graciosa cap a ella. Sí que s'entreveu en aquesta promesa d'acollir un ànim de compensar a l'esposa pel treball que ella haurà de desenvolupar dins l'esfera domèstica –quan deim domèstica ens volem referir no només a la cura dels fills i de la casa, sinó també a les múltiples tasques agràries i ramaderes que tradicionalment ha realitzat la dona–. Abona aquesta idea de compensació el fet que a les Pitiüses el vidu o vídua no té dret a llegítima. En conseqüència, podríem afirmar el caràcter remuneratori o compensatori del contracte; donat que es pacta amb ocasió de les noces, tradicionalment era una forma de compensar a priori els esforços i energies que, sense remuneració econòmica, la dona hauria de dedicar a les tasques domèstiques, agràries i ramaderes. És una mena de reconeixement de la seva col·laboració desinteressada. En aquesta línia, la jurisprudència balear considera el pacte d'acolliment com un contracte sinalagmàtic, perquè considera que hi ha dues prestacions a càrrec de cada consort: un haurà de fer partícep a l'altre d'un quart dels valors adquirits constant matrimoni a canvi de la dedicació de l'altre a la marxa de l'explotació familiar. S'entén així que hi ha un acolliment a canvi d'un treball, de tal manera que hi ha dues prestacions que es creuen, essent l'una causa de l'altra. Cal afirmar que, amb la transformació de la societat eivissenca i la possibilitat de la dona de treballar fora de la llar, l'esperit compensatori del pacte en el sentit vist es desplaça cap a una finalitat d'assolir l'equilibri econòmic entre ambdós consorts, amb independència de quin d'ells hagi de ser a la fi el destinatari de l'acolliment.

5.- Contracte de tipus associatiu; malgrat el que pugui semblar, l'acolliment no determina la formació d'una comunitat patrimonial: els béns els va adquirint el cònjuge comprador, sense que es constati en el document de compra ni al Registre de la Propietat la titularitat de l'altre sobre la quarta part del bé comprat. El cònjuge no comprador tindrà simplement una mena d'expectativa, semblant al que passa en el règim econòmic de participació, i l'efectivitat d'aquesta expectativa dependrà de com s'hagin incrementat els patrimonis respectius, la qual cosa es veurà en el moment de liquidar-se el règim. Així doncs, cada cònjuge és propietari del que va adquirint; i l'acolliment no produeix els efectes d'una societat conjugal perquè no es posa res en comú. Malgrat això, l'Audiència Provincial de les

Illes Balears en la Sentència de 30 de gener de 1.990 sí aprecia a l'acolliment una idea associativa, en el sentit que hi ha un element de cooperació d'ambdós esposos en el funcionament de l'economia familiar.

6.- S'observa una certa aleatorietat, perquè es promet una participació sobre uns valors que no existeixen encara i que podrien no existir mai: no es sap en el moment de convenir l'acolliment si efectivament s'arribaran a fer compres i adquisicions durant el matrimoni ni els béns sobre els quals recauran aquestes adquisicions, ni tan sols quant de temps estarà operatiu aquest pacte, puix que es desconeix el que durarà el matrimoni. D'altra banda i des de la perspectiva constitucional, de considerar l'acolliment amb caràcter mutu i recíproc, en el moment d'estipular-se el pacte s'ignora quin dels esposos serà el deutor i qui el creditor d'aquesta quarta part.

## **2.- Elements d'interpretació**

El fet de considerar com a contracte l'acte jurídic que dóna vida a l'acolliment és interessant a efectes interpretatius. L'únic passatge de la Compilació on s'al·ludeix a l'acolliment –l'article 66.5– el defineix com una estipulació; segons aquest precepte, quan en els espòlits s'hagi convingut l'acolliment en una quarta part dels milloraments s'estarà al que s'hagi pactat i s'interpretarà d'acord amb el costum.

Pel que fa al que "s'hagi pactat", significa que s'haurà d'esbrinar l'autèntica voluntat de les parts a l'hora de convenir l'acolliment. En aquesta tasca investigadora juguen un paper important les regles d'interpretació dels articles 1281 i següents del Codi Civil i, en definitiva, s'haurà de tenir en compte la teoria general del contracte. Aquest aspecte es palesa a l'esmentada Sentència de l'Audiència Provincial de Balears de 30 de gener de 1.990, que resol un cas en què el marit havia sol·licitat el divorci d'un matrimoni celebrat l'any 1.952, previ atorgament d'espòlits en els quals s'havia convingut l'acolliment d'una quarta part de milloraments, compres i adquisicions que els esposos realitzessin durant el matrimoni. En aquest cas concret, els esposos havien deixat de conviure a l'any de casats (1.953) i en 1.966 havien obtingut la separació eclesiàstica. A la seva demanda, el marit sol·licitava a més, les tres quartes parts d'una finca i de dues edificacions aconseguides per l'esposa en 1.974, és a dir, adquirides per ella vint anys després de haver deixat de viure junts.

Respecte d'aquesta petició de l'home, l'Audiència Provincial té en compte la doctrina general dels contractes, adduint que aquestos són font

d'obligacions entre els contractants i que s'han de complir segons el que s'hagi pactat, d'acord amb el criteri de la bona fe.

El Tribunal aplica també la teoria de la base del negoci: a l'hora de pactar l'acolliment i, per extensió, els espòlits, s'està pensant en un matrimoni unit, sobretot si es té en compte l'època en què es varen atorgar (any 1.952) en què no s'admetia el divorci. Per tant, en el moment d'establir l'acolliment només es pensa en la dissolució matrimonial per mort d'un cònjuge, de tal manera que l'operativitat de l'acolliment presuposa l'èxit de la unió: *“Al pactar sus capitulaciones los hoy litigantes, estaban sin duda pensando en el éxito de su unión, en la aportación del esfuerzo común para la consolidación del patrimonio familiar”* (Fonament 6è). El Tribunal considera que s'ha produït una alteració substancial de les circumstàncies sobre les quals s'assentava el pacte: la cessació de la convivència conjugal. A més, l'augment patrimonial experimentat per la dona (parcel·la i dues edificacions) és molt posterior a la dita cessació. S'ha alterat, doncs, el fonament mateix del contracte.

D'altra banda i relacionat amb el que acabam de dir, recordant el que prescriu l'article 1.258 del Codi Civil (els contractes obliguen, no només al que s'hagi acordat expressament, sinó també a totes les conseqüències que siguin conformes a la bona fe), resultaria abusiu i contrari a les normes ètiques que una de les parts (en aquest cas, l'home) pugués participar en les adquisicions que amb el seu únic esforç ha aconseguit l'altra posteriorment a la ruptura de la relació conjugal.

A la mateixa solució arribam si tenim en compte el criteri hermenèutic de recerca de la voluntat real que proclama l'article 1.283 del Codi Civil: no poden considerar-se inclosos en un contracte coses o supòsits distints d'aquells sobre els quals els interessats es proposaren contractar; en aquest cas concret, el supòsit –o millor, el pressupòsit– era la unió duradora; les mateixes paraules emprades en la fórmula del pacte ja expressen clarament que hi haurà una participació d'una quarta part sobre les adquisicions que faran els cònjuges en el decurs del matrimoni. Queda clar doncs, que la participació que comporta l'acolliment té com a pressupòsit la unió entre els cònjuges, de tal manera que han de quedar excloses del pacte les adquisicions operades amb posterioritat a la unió o, millor dit, les operades per un dels esposos una vegada rompuda la convivència matrimonial.

En la tasca interpretativa del pacte d'acolliment s'haurà de considerar igualment el costum insular. Això implica partir de la funció que tradicionalment han complert els espòlits. A les Pitiüses, com pràcticament

arreu de les zones rurals, els capítols matrimonials són l'instrument bàsic per a fixar les normes que regiran el patrimoni familiar, a fi i efecte que es mantingui indivís al llarg de les properes generacions. Aquestes normes s'articulen mitjançant clàusules (autèntics contractes) de caire econòmic, familiar i successori. Des d'aquesta perspectiva tradicional, els espòlits sempre s'han assentat sobre el pressupòsit d'un matrimoni durador, que només es dissol per mort. Recordem, a més, que fins entrat el segle vint, a totes les escriptures d'espòlits es fa referència expressa a la voluntat dels promesos de contreure matrimoni segons el que mana l'Església. No es pactaven, doncs, els capítols en previsió de situacions matrimonials irregulars o anòmales, ja que es donava per fet que el matrimoni sempre aniria endavant si no moria cap dels esposos. Per la mateixa raó, el pacte capitular d'acolliment estava pensat per compensar d'alguna manera el treball desinteressat de l'esposa amb l'idea de fer-se efectiva la seva quarta part (en el cas de que realment s'arribàs a fer efectiva) quan morís el marit. No estava pensat pel cas de dissolució matrimonial en vida d'ambdós esposos senzillament perquè el divorci era impensable fins fa dues dècades.

Actualment la formalització de capítols es reserva pels supòsits de crisi ja produïts durant el matrimoni o, de vegades, fins i tot s'atorguen abans de contreure matrimoni en previsió d'eventuals irregularitats. L'objectiu de preservació de la unitat de la casa familiar és desplaçat cap a altres finalitats, perquè avui la realitat també és una altra.

El costum, al qual apel·la l'article 66-5 de la Compilació, no pot ser contrari a la Llei, i molt menys si aquesta Llei és la norma suprema de l'Ordenament jurídic espanyol. La Constitució de 1.978, a l'article 14 proclama el principi d'igualtat sense que hi pugui haver discriminacions per raó de sexe; i ja a l'àmbit específic del matrimoni, l'article 32 estableix taxativament que l'home i la dona tenen dret a contreure matrimoni amb plena igualtat jurídica. Això, traslladat a l'esfera concreta de la institució que estam estudiant vol dir que la participació de la quarta part de les millores, compres i adquisicions no pot establir-se unilateralment pel marit cap a l'esposa (fórmula tradicional), sinó que s'ha de pactar sempre amb caràcter recíproc.

### **3.- És un autèntic règim econòmic o una atenuació al règim de separació de béns?**

De tot l'entramat de pactes i institucions que contenen els espòlits (heretaments, donacions, fidúcies), referits a l'esfera successòria uns i a

l'economia del grup familiar els altres, l'únic que incideix d'una manera directa sobre el que és l'estricta relació patrimonial dels esposos és, precisament, l'acolliment en una quarta part dels milloraments. No resulta, doncs, desproporcionat afirmar que l'anomenat acolliment constitueix un autèntic règim econòmic matrimonial havent donat que en el supòsit de no pactar-se expressament en espòlits, opera automàticament el règim legal supletori de la separació de béns.

Dit això, si haguéssim d'ubicar l'acolliment en una quarta part dels milloraments dins el catàleg de possibles règims econòmics, hom podria afirmar:

1.- Que des del punt de vista de l'àmbit geogràfic d'aplicació, és peculiar d'una zona determinada del territori balear, concretament, de les illes Pitiüses. Per tant, ens trobam davant d'una institució de dret local incardinada dins el Dret foral balear.

2.- Que des del punt de vista de l'origen, es tracta d'un règim convencional o voluntari, en el sentit que la seva aplicació deriva del pacte exprés en capítols. Això entronca amb el que acabam d'explicar, referent a la naturalesa contractual de la figura.

3.- És un règim autènticament consuetudinari; el seu origen rau en la pràctica reiterada dels pobladors eivissencs, plasmada en espòlits. Però no només és consuetudinari en origen sinó que ho continua essent: mai no s'ha recollit la institució de l'acolliment en un text legal, i la breu menció que d'ell fa el vigent text legislatiu no constitueix una regulació. La seva al·lusió fugaç a l'article 66-5 CDCB és un simple reconeixement de la seva existència, però no s'aprecia a la Compilació de les Illes Balears un esforç comparable al de la legislació catalana respecte als règims econòmics locals (agermanament; associació a compres i millores; mitja guanyeria) que pel sol fet de dedicar-los uns articles específics passen a ostentar un estatus legal. La breu referència de l'article 66-5 CDCB palesa el caràcter purament consuetudinari del règim de l'acolliment. Mentre no es reguli com a tal règim, amb una atenció acurada per part del legislador balear, continuarà essent una institució consuetudinària en perill d'extinció perquè la seva pràctica ha anat minvant significativament a les darreres dècades del segle vint, i sense el reforç legal quedarà en l'oblit. D'altra banda, l'expressat article 66-5, referit al possible contingut dels espòlits, quan menciona entre d'altres, la institució de l'acolliment, assenyala que s'estarà al que haguessin pactat els atorgants i que s'interpretaran segons el costum.



4.- Que des del punt de vista subjectiu, és a dir, de les persones afectades per l'acolliment, es tracta d'un règim exclusivament conjugal, sense que entrin a formar-hi part d'altres parents, com per exemple sí solia ocórrer a l'associació a compres i millores tarragonina, on s'acostumava a incloure els ascendents d'un cònjuge.

5.- Que des del punt de vista dels efectes, és a dir, de l'existència o no d'un fons comú entre ambdós esposos, podria dubtar-se si ens trobam davant un sistema de comunitat limitada o si, contràriament, es tracta d'un sistema de separació relativa.

Sembla abonar la solució de la comunitat limitada el fet que no estiguin afectats pel pacte d'acolliment tots els béns dels cònjuges, sinó només els béns que quedin enquadrats dins aquestes coordenades:

- a) Temps: els béns que s'adquireixin durant el matrimoni.
- b) Títol: a títol onerós.
- c) Proporció: aquestos béns no passen a pertànyer per meitat a l'home i a la dona, sinó que en teoria, les tres quartes parts de cada bé són del marit (que és qui l'ha comprat) i la quarta part restant es suposa que pertany a la dona.
- d) Adquirent: encara que en alguns documents es parli un tant im personalment de les adquisicions que es faran durant el matrimoni, l'acolliment en un quart afectava només als béns que esperava adquirir l'home.

La tesi de la comunitat limitada sembla ser la que subscrivien alguns notaris d'Eivissa dels segles dinou i vint quan traduïen la fórmula originària catalana per la castellana dels "gananciales". Tal vegada aquestos notaris no eren conscients del que plasmaven a l'escriptura d'espòlits: essent conseqüents amb la fórmula castellana, això voldria dir que qualsevol adquisició onerosa feta constant matrimoni s'hauria d'haver inscrit amb caràcter "ganancial" al Registre de la Propietat, quan en la realitat els béns que anava comprant el marit s'inscrivien al seu nom exclusivament. D'altra banda, com acabam d'esmentar, encara que consideréssim l'acolliment com una manifestació de comunitat limitada no es pot identificar amb la "sociedad de gananciales", entre altres raons perquè els béns afectats pel pacte d'acolliment no pertanyen als cònjuges per meitat sinó en una proporció desigual.

Potser sigui més correcte considerar l'acolliment com un sistema de

separació relativa de béns; en efecte, des de la perspectiva del seu funcionament, el pacte d'acolliment s'apropa més a la dinàmica d'un règim de participació en els guanys, perquè durant el matrimoni l'existència del pacte no és obstacle per inscriure els béns que es van adquirint a nom del marit o de la muller com si d'un règim de separació es tractés.

Com reconeix la doctrina catalana quant al règim local d'associació a compres i millores, hom podria concloure que estem davant un estadi primitiu o embrionari del règim de participació. En el cas eivissenc aquesta participació no ha tingut un desenvolupament perquè, com veurem, els milloraments no s'arribaven a liquidar.

Malgrat el que acabam de dir, també hi ha raons per considerar que és una simple mitigació al règim de separació de béns. En realitat, la separació de béns practicada secularment a les Pitiüses, com a la resta de les Illes Balears, no ha estat mai absoluta, sinó que resultava atemperada per la dot, que permetia aplicar els fruits dels béns dotals a les càrregues de la família.

A Eivissa i Formentera, a més de la constitució de dot i d'altres institucions paradotals, com l'escreix, la mitigació de la rígida comunicació de patrimonis conjugals s'assolia amb el pacte d'acolliment. Des d'aquesta perspectiva l'acolliment no implicaria un règim autònom i distint del de separació, sinò més aviat un pacte que el modalitza. Aquesta concepció sembla més concorde amb la mentalitat dels illencs: si hom pregunta a persones eivissenques que van atorgar espòlits quin és el seu règim matrimonial, responen sorpresos –sopresos, perquè els sembla mentida que se'ls demani una cosa tan inqüestionable, per evident– que el seu règim és la separació de béns; però de vegades quan s'examina l'escriptura d'espòlits apareix el pacte d'acolliment en una quarta part.

El pacte d'acolliment podria esdevenir una fórmula molt útil per suplir les omissions que en el tractament del règim de separació de béns pateix l'article 67 CDCB. En efecte, convé recordar que, respecte a Mallorca i Menorca, els articles 3 i 4, i per remissió a ells, l'article 65, contenen un seguit de previsions que atenuen la comunicació de patrimonis conjugals pròpia del règim de separació; aquestes previsions, resumidament, són les següents:

a.- La presumpció iuris tantum de comunitat sobre els béns que constitueixen el parament de l'habitatge conjugal, sempre que no siguin d'un valor extraordinari (article 3-3, paràgraf segon)

b.- Responsabilitat subsidiària del cònjuge no deutor respecte dels deutes assumits per l'altre amb ocasió del sosteniment de les despeses del matrimoni (article 3-4, in fine).

c.- La consideració del treball per a la casa com a contribució al sosteniment de les despeses familiars (article 4-1, in fine).

Aquestes previsions legals no regeixen a Eivissa i Formentera ja que el Llibre III no les estableix i tampoc conté cap remissió al Llibre I que les faci aplicables a les Pitiüses. Per a Eivissa i Formentera l'única previsió legal atenuadora de la comunicació de patrimonis és la de l'article 67.2 que, com a proclamació general diu que els consorts estaran obligats a contribuir al sosteniment de les despeses del matrimoni i que, en defecte de pacte, contribuiran en proporció als respectius recursos econòmics. Tret d'això no fa cap altre menció que permeti matitzar efectivament la separació patrimonial. Per aquesta raó el pacte d'acolliment, establert d'acord amb les característiques de la realitat social actual, podria revelar-se com un bon mecanisme per atenuar les rígides conseqüències que de vegades comporta el règim de separació.

En definitiva, si consideram l'acolliment com una mesura mitigadora del règim de separació, en els matrimonis que l'han convingut hauríem de distingir diverses classes de béns, segons la seva titularitat:

A.- Béns exclusius del marit: tots els que ell ja tenia abans de casar-se i els que ha anat adquirint constant matrimoni per causa gratuïta, sigui mitjançant una donació o per títol hereditari.

B.- Béns exclusius de la dona: seguint idèntic criteri que a l'apartat anterior, serien tots els que ja havia adquirit per qualsevol títol abans de contreure matrimoni i els que ha anat adquirint gratuïtament una vegada casada.

C.- Béns afectats per l'acolliment: béns i drets adquirits constant matrimoni per causa onerosa, així com el fruits i rendes generats durant el matrimoni encara que procedeixin de béns exclosos de l'acolliment; aquestos elements patrimonials pertanyen al cònjuge que els ha adquirit, però a l'hora de liquidar l'acolliment es compensarà el valor d'aquests elements entre el marit i la muller, pertocant la quarta part d'aquesta diferència al cònjuge econòmicament menys afavorit.

D.- D'altra banda, res impedeix que els esposos casats en règim de separació i acolliment en una quarta part, puguin adquirir béns

conjuntament. En aquestos casos els béns pertocaran a ambdós esposos en la proporció en què els hagin adquirit.

Hem vist que, en principi, hi ha raons per defensar, tant la autonomia de l'acolliment com a règim econòmic com la seva incardinació dins el règim de separació de béns. Malgrat tot, pensem que el que realment l'inventaria del caràcter d'autèntic règim econòmic-matrimonial seria el fet que hagués perviscut una pràctica liquidatòria dels milloraments.

#### **4.- Naturalesa jurídica del dret d'acolliment**

Cal fer atenció a tres moments distints:

1.- El moment de pactar-se l'acolliment; el dret a la quarta part neix a l'instant mateix de convenir-se els espòlits, però com ja s'ha dit abans, en aquest temps del pacte no hi ha encara un objecte existent sobre el qual recaigui aquest dret a la quarta part, perquè les millores, compres i adquisicions oneroses encara no s'han produït, sinó que tan sols s'espera que es vagin operant al llarg del matrimoni. Com que es tracta d'objectes eventuais, no podem dir que hi hagi un dret, sinó una mera probabilitat d'adquisició futura, que hom podria qualificar d'expectativa jurídica, a favor d'ambdós consorts (no només a favor de la dona, perquè ja hem dit que en aquest aspecte el costum s'entén corregit per les consignes constitucionals).

2.- Una vegada celebrades les noces, a mesura que un qualsevol dels cònjuges va adquirint algun bé patrimonial, des del moment de la compra o adquisició l'altre espòs veu concretat l'objecte sobre el qual recau el seu dret. Recordem que, malgrat això, el cònjuge no comprador no inscriu aquesta quarta part en el Registre de la Propietat perquè no hi ha cotitularitat sobre els béns; la possibilitat de comunitat patrimonial ja l'hem descartada. En el moment en què s'opera una adquisició efectiva per part d'un espòs, l'altre veu concretada sobre un bé determinat la seva expectativa o probabilitat; però mentrestant no deixa de ser això: una probabilitat d'adquisició futura, perquè s'haurà d'esperar a la fi del règim d'acolliment per saber del cert si li pertocarà o no efectivament la quarta part del seu valor i, en cas afirmatiu, per quin import. Es tracta doncs, d'incògnites que només es desvetllaran en el moment liquidatori. Aquesta probabilitat o expectativa s'ha de configurar en aquest moment com a personal, indisponible i inembargable, sense que serveixi de garantia a possibles creditors.

3.- La quarta part dels milloraments es farà efectiva quan es posi fi a aquest règim econòmic. Dissolt el règim i operada la seva liquidació, la mera expectativa (que fins ara ostentaven tots dos) esdevé un dret de crèdit actual, a favor d'un sol dels consorts. I aquest dret ja no és personal, ja que el cònjuge creditor podrà transmetre'l entre vius o per causa de mort.

Un raonament lògic i la proximitat del pacte d'acolliment amb el règim de participació en els guanys que, amb algunes diferències es regula en el Codi Civil i en el Codi de Família de Catalunya, exigeix distingir aquestes tres fases. De tota manera, també s'ha de dir que a la praxis eivissenca no es seguia aquesta trajectòria, puix no s'esperava mai a la fi del règim (que antigament només podia deure's a la mort d'un espòs), de manera que, sense prèvia liquidació, la quarta part dels milloraments que sobre una finca del marit pertocaven a la dona, eren atribuïts amb la resta de la finca afecta al pacte, al fill comú que es casava. I era un cas freqüent que, a l'escriptura d'espòlits atorgats amb ocasió de les noces del fill, solia revestir aquesta fórmula: *“Por su parte, María (...) madre del contrayente, le hace donación por razón de dicho matrimonio de los mejoramientos o gananciales que le corresponden sobre las fincas descritas”*. Així, doncs, els milloraments (en sentit genèric) no es liquidaven mai.

Ara bé: hem de pensar que, en principi, aquest fet no privava absolutament a la dona del seu dret d'acolliment, perquè res no impedia que el marit pogués augmentar el seu patrimoni amb altres adquisicions posteriors a aquell atorgament. Per consegüent, podem afirmar que la dona transmetia el seu dret d'acolliment sobre un bé determinat, però continuava ostentant una expectativa jurídica sobre qualssevol altres adquisicions eventuais o futures del marit.

Com protegir aquesta expectativa? En el règim de participació, tant en el Dret comú com en el català, s'estableixen previsions legals, tendents a evitar que un cònjuge tracti de malbaratar l'expectativa de l'altre fent desaparèixer els seus béns de manera intencionada o excessivament descuidada (atribucions gratuïtes; alienacions en frau del dret del consort; pèrdues), tot i computant el valor que tindrien en el moment de la liquidació si haguéssin perdurat en el patrimoni del titular. Igualment es tracta de preservar aquesta expectativa exigint als consorts una informació adequada de la seva gestió patrimonial per tal d'evitar “estranyes” sortides de béns.

## **VI.- EXTINCIÓ DEL RÈGIM.**

Encara que es tracti d'una mera especulació, veiem des d'una perspectiva actual què li manca al pacte d'acolliment per ser considerat un règim econòmic complet:

### **1.- Adaptació al marc social i jurídic actual**

Com ja s'ha dit abans, la configuració de l'acolliment en una quarta part dels milloraments exigeix acomodar-se a la Constitució Espanyola de 1.978, i assumir les seves coordenades: la igualtat dels cònjuges, la qual cosa permet que ambdós tinguin les mateixes possibilitats d'incorporar-se al món laboral i, per tant, de percebre ingressos, circumstància que aboca necessàriament a admetre tan sols l'acolliment recíproc i no unidireccional, com ha estat costum secular; l'assumpció dels principis i criteris constitucionals es tradueixen aiximateix en una multiplicitat de causes d'extinció del règim d'acolliment, sobretot tenint en compte que, des de 1.981 el divorci és una de les causes de dissolució del matrimoni.

Així doncs, a la vista de la actual realitat normativa,

### **2.- Per quines causes es dissoldria el règim d'acolliment en una quarta part dels milloraments?**

a.- Donat que l'acolliment té sempre un origen contractual (pacte en espòlits), és possible que els atorgants hagin previst causes concretes d'extinció. En aquest cas, s'haurà d'estar a les causes previstes en el pacte constitutiu del règim.

b.- L'acolliment s'extingirà també quan els cònjuges convinguin un règim econòmic diferent, la qual cosa exigeix una modificació dels espòlits originaris. Entenem a més, que si la modificació dels espòlits es circumscriu exclusivament al canvi de règim –pensem que el pacte d'acolliment és tal vegada l'única institució vertaderament econòmica-matrimonial, susceptible de contenir-se en espòlits–, bastarà la simple concurrència dels esposos, sense que sigui necessària la intervenció d'aquelles altres persones (pares i altres parents) que intervingueren en l'atorgament dels espòlits primitius.

c.- En qualsevol cas, no és estrictament necessari que els esposos substitueixin el règim de l'acolliment per un altre de diferent, sinó que poden limitar-se a pactar la simple extinció d'aquest règim sense especificar res més, perquè entraria en joc el règim legal supletori de la separació de

béns, de l'article 67 de la CDCB.

d.- El règim es dissoldrà necessàriament quan es dissolgui el vincle matrimonial que li serveix de causa o fonament. Això com sabem, pot tenir lloc en vida dels esposos (divorci) o bé per mort d'un d'ells o per declaració de la seva defunció.

e.- Aiximateix, la declaració de nul·litat matrimonial suposarà la fi del règim de l'acolliment.

f.- Malgrat que no signifiqui dissolució matrimonial, entenem que la separació decretada judicialment posa fi igualment al règim d'acolliment en una quarta part dels milloraments.

g.- I la separació de fet? Podria considerar-se causa d'extinció del pacte d'acolliment? Essent conseqüents amb el que hem dit quan estudiàvem la interpretació del pacte d'acolliment, consideram que la separació de fet ha de posar fi a aquest règim perquè la vigència de l'acolliment descansa en el pressupòsit d'esforç i cooperació mútua dels consorts en el manteniment del patrimoni familiar. Ja hem esmentat abans la injustícia que pot significar l'atribució a un cònjuge de la participació sobre béns que l'altre ha obtingut amb el seu esforç una vegada rompuda la convivència matrimonial. Seria doncs, desitjable, que en aquestos casos es pugués demostrar sòlidament, per exemple, mitjançant document notarial, el moment en que s'ha produït la ruptura de la convivència, per tal d'assenyalar la data de dissolució del règim.

En la regulació del règim de participació en els guanys, el Codi de Família contempla la separació de fet, no com a causa d'extinció automàtica o "necessària" (tal és el terme que empra), sinó que la considera com una possible causa de dissolució de l'expressat règim econòmic sempre i quan recaigui declaració judicial d'extinció a petició d'un dels consorts, i la separació de fet hagi durat com a mínim un any; en un sentit similar s'expressa el Codi Civil –encara que causalitza la separació de fet– a l'article 1.393 (dissolució de la sociedad de gananciales) al qual es remet l'article 1.415 (causes d'extinció del règim de participació), quan estableix com a causa de dissolució del règim de participació la decisió judicial a petició d'un cònjuge sempre que duguin separats de fet més d'un any mitjançant acord mutu o per abandonament de la llar.

h.- De la mateixa manera, en el règim català de participació en els guanys, es consideren causes de dissolució, mitjançant declaració judicial:

l'incompliment greu o reiterat del deure d'informar adequadament l'altre cònjuge; la gestió patrimonial irregular que comprometi greument els interessos de qui sol·licita l'extinció, i l'entrada del cònjuge en una situació que comprometi greument els interessos de qui sol·licita l'extinció.

### **3.- Liquidació**

Un règim econòmic “com cal”, ha de preveure unes pautes de liquidació. A la praxis pitiüsa mai s'ha plantejat aquest tema perquè, com ja s'ha dit, les finques afectades pel pacte d'acolliment eren transmeses mitjançant donació al fill que es casava, de tal manera que la donació incloïa la quarta part de milloraments que sobre la finca ostentava l'esposa-mare. Però això no ha de ser necessàriament d'aquesta manera, especialment si tenim en compte les múltiples causes d'extinció del règim, que acabam d'exposar.

#### **\*Dues reflexions prèvies:**

1<sup>a</sup>. - No es tracta aquí de liquidar un patrimoni, perquè cada cònjuge és propietari únic del seu, i no hi ha una massa comuna de béns similar al patrimoni “ganancial” castellà.

2<sup>a</sup>. - Però sí s'haurà d'estimar l'evolució experimentada per cada patrimoni conjugal, per tal d'esbrinar a qui correspon el dret d'acolliment i quantificar-lo.

#### **\*Operacions a realitzar:**

1<sup>a</sup>. - Cal fer un llistat dels béns que ha anat adquirint onerosament cada consort durant la vigència del pacte i avaluar-los. Són els béns afectats per l'acolliment, el valor dels quals en aquest moment final ja inclou el de les millores experimentades al llarg d'aquest temps.

2<sup>a</sup>. - Però també s'hauran de considerar els béns exclosos del pacte i comparar el valor que tenien en el moment d'estipular-lo (béns preexistents) o en ser rebuts (adquisicions no oneroses constant el règim) amb el valor que tenen ara, ja que la diferència de valors, si és positiva, constitueix un millorament. Ja hem comentat abans la conveniència d'incorporar a l'escriptura d'espòlits una relació de les pertinences de cada contraient (o ja espòs) amb una descripció i valoració de cada bé. Per què? Perquè hem de comparar el seu estat originari amb l'estat actual; per exemple: és possible que a l'inici del règim l'home tingués una parcel·la i a la fi del règim sobre ella hi hagi un edifici de tres plantes. I d'altra banda, encara que el bé preexistent presenti el mateix estat a la fi del règim que al seu inici (no hi



ha hagut transformació material), l'import en què es valorà en atorgar-se els espòlits ha sofert una evolució al llarg del temps transcorregut, raó per la qual caldrà fer una actualització monetària, consistent en ajustar el preu originari al valor dels diners en el temps d'extingir-se l'acolliment, d'acord amb un índex fiable, sigui el que les parts convinguin o, en cas de desavinença, el que fixi el jutge.

Si no s'han fet aquestes previsions (inventari notarial o, almenys, document privat dels béns exclosos) la tasca d'esbrinar l'existència i liquidació dels milloraments experimentats per aquestos objectes en sí mateixos exclosos, serà força complicada, sobretot si ens hem de remuntar a un temps molt llunyà (en un règim de llarga durada) i recordar l'estat en què es trobaven aquests béns.

3<sup>a</sup>.- Tant en l'avaluació dels béns afectats com en la dels béns exclosos de l'acolliment s'hauran de considerar les càrregues o gravàmens que puguin pesar sobre ells, puix minvaran el seu valor.

4<sup>a</sup>.- Tal vegada, a fi de preservar el dret d'acolliment, s'haurien d'incloure dins els béns afectats aquells que ja no són al patrimoni del cònjuge, però que raonablement haurien de figurar-hi. Això és el que amb algunes petites diferències, preveuen el Codi Civil i el de Família en la liquidació del règim de participació en guanys, respecte als béns transmesos en frau dels drets de l'altre consort o destruïts, per part de l'espòs titular. De tota manera, no oblidem que en tots aquests supòsits s'hauria de provar aquesta intenció maliciosa. En el Codi de Família es donen algunes pautes: així, si la donació ha estat consentida per l'altre consort o si es tracta d'una liberalitat d'ús o de donacions fetes al fill per raó del seu matrimoni o per tal de facilitar-li ocupació, no es computarà el seu valor. En canvi, en els casos de transmissió d'un bé per un preu realment inexistent o molt inferior al real; o si la transmissió ha comportat la conversió del bé en un altre fàcil d'ocultar; o si ha hagut un malbaratament de béns per part d'un cònjuge com a conseqüència d'una forma de vida molt per a sobre de les seves possibilitats, sí que, tal vegada podria incloure's, ficticiament, és clar, el valor que tenien els dits béns en el moment de sortir del patrimoni del seu titular, i segons l'estat que oferien en aquell moment (és a dir: tant si la casa malvenuda ha multiplicat el seu valor com si ha caigut amb posterioritat a la sortida del patrimoni del cònjuge, resulta indiferent, perquè es considerarà en l'estat que tenia en el moment de ser transmesa).

5<sup>a</sup>.- Valorats, tant els béns afectats pel pacte d'acolliment com els exclosos dins cada patrimoni conjugal, es calcularà l'import dels

milloraments, compres i adquisicions operats durant la vigència del règim per cada consort. D'això en pot resultar:

- A) Que només un d'ells hagi tingut milloraments (en sentit genèric, d'increments de patrimoni); en aquest cas, el cònjuge que no n'ha tingut ostentarà un crèdit sobre la quarta part dels milloraments de l'altre.
- B) Que tots dos hagin tingut milloraments; llavors, s'haurien de compensar els respectius imports, i una vegada obtinguda la diferència, una quarta part de la mateixa seria per al cònjuge el patrimoni del qual hagi experimentat menys milloraments.

Exemple:

Cònjuge A: Milloraments per valor 120.000 €

Cònjuge B: Milloraments per valor 100.000 €

1. Es compensarien ambdós milloraments:  $120.000 - 100.000 = 20.000$
2. El cònjuge B tindria dret a  $\frac{20.000}{4} = 5.000$

#### **4.- Satisfacció del dret d'acolliment**

Transformada la mera expectativa a favor d'ambdós cònjuges en un dret actual de crèdit a favor de tan sols un d'ells, ja només resta satisfer-lo. En principi, és indiferent pagar-lo en diners o en béns, perquè la forma de pagament no altera la naturalesa creditícia del dret del cònjuge. De totes maneres, sembla preferible el pagament en diners, ja que subratlla l'absència de comunitat patrimonial en el règim d'acolliment: no hi ha quotes sobre els béns adquirits ni durant la seva vigència ni a la seva dissolució, i perquè el principi de conservació de la casa i, per extensió, del patrimoni, que presideix el dret eivissenc i que, en definitiva, és ben present a les nostres consciències, així ho aconsella.

En qualsevol cas, s'hauria d'estar al supòsit concret; tal vegada el consort deutor no té liquidesa i convé amb el creditor el pagament mitjançant l'adjudicació d'un bé sencer. La satisfacció del crèdit s'hauria assolit igualment, encara que substituint la prestació originària per una altra.

Eivissa, desembre de 2.003

## BIBLIOGRAFIA

CASANOVAS, EGEA, GETE-ALONSO, MIRAMBELL (Coordinadors), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*. 1.995

CERDÀ GIMENO, José. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*. 1ª Edición. Edersa. Madrid, 1.981.

COSTA RAMON, José. *Derecho foral ibicenco. Separata de IBIZA. Revista del IEE*. 2ª época. N° 5

ESCUDERO, José Antonio. *Curso de Historia del Derecho*. Madrid, 1.987.

FERRER VANRELL, Mª Pilar (Coordinadora). *Lecciones de Derecho Civil Balear*. Col.lecció Materials Didàctics. 2ª Edición. 2.003.

FERRET I JACAS, Joaquim. *Catalunya i els drets històrics*. Barcelona, 2.001

GARRIDO MELERO, Martín. *Derecho de Familia*. Barcelona, 1.999.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*. Vol. 1º. Barcelona, 1990

MACABICH LLOBET. *Historia de Ibiza*. Vol. I. Palma, 1.967

MALUQUER DE MOTES, Carlos J. (Coordinador). *Derecho de familia*. Barcelona, 2.000

MARI CARDONA, Joan. *La conquesta catalana de 1.235.- 1. I.E.E.* Eivissa, 1.976.

MARI CARDONA, Joan. *Balansat.- IV. I.E.E.* Eivissa, 1.984.

MARÍ CARDONA, Joan. *“Pergamins i Índex Vell de Tarragona*. 1.997.

MARÍ MAYANS, Isidor. *La cultura a Eivissa i Formentera (Segles XIX i XX)*. Cuaderns d'Història Contemporània de les Balears. 2.001.

MARÍ RIBAS, Josep (“REIALA”). *El diputat eivissenc Josep Ribas Ribas i el seu entorn històric. 1763-1831*. 1998

NAVARRO, Víctor. *Costumbres en las Pithiusas*. Madrid, 1.901

OLIVER, Bienvenido. *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña*. Colección de Derecho, serie Derecho Foral. Estudios. Reimp. facsímil. Madrid, 1.867

PLANELLS, Antonio. *Historia de Ibiza y Formentera*. 1.999

PUIG FERRIOL; ROCA TRIAS. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Vol. II. Dret de la persona i dret de família. 5<sup>a</sup> Edició. 1.998

SIMÓ SANTONJA, *Formularios de regímenes matrimoniales*. Granada, 1.995

VILLANGÓMEZ LLOBET, Marià. *Alguns escrits sobre les Pitiüses*. I.E.E. 1.981.

## **JURISPRUDÈNCIA**

SAP 30 de gener de 1.990

Res. DGRN de 30 juny 1.892

# **“UN IMPULSO AL DERECHO CIVIL BALEAR: Los contornos del Derecho civil balear «posible»”**

**ESTUDIO A PROPÓSITO DE LA NORMATIVA  
AUTONÓMICA EN MATERIA DE DERECHO DE  
CONSUMO Y DEL TURISMO<sup>1</sup>, DE LA DRA.  
SRA. DÑA. FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT,  
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL  
DE LA UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS**

## **I.- Introducción**

## **II.- Elenco de normativa autonómica en materia de consumo y turismo**

## **III.- Aspectos competenciales**

### **1.- Competencias ejercitadas y materia civil**

- 1.1.- La Ley 1/1998, de 10 de marzo, de l'Estatut de Consumidors i Usuaris de la CAIB
- 1.2.- La Ley 11/2001, de 15 de junio, d'Ordenació de l'activitat comercial a les Illes Balears
- 1.3.- El Decreto 60/1997, de 7 de mayo, de Reglament de les agències de viatges de la CAIB
- 1.4.- El Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, por el que se regulan determinados aspectos del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles en el ámbito de la CAIB
- 1.5.- La Ley 2/1999, de 24 de marzo, general turística de les Illes Balears

### **2.- Justificación del no ejercicio de la competencia en materia civil**

#### IV.- Cuestiones que plantea el no uso de la competencia en materia civil

1.- Algunos problemas de interpretación de dichas normas a modo ejemplificativo

2.- La pérdida de la oportunidad de desarrollar el Derecho civil balear

2.1.- La viabilidad de transponer directivas por parte de las CCAA

2.1.1.- El juego entre la transposición del Derecho comunitario y el poder legislativo de la Comunidad Autónoma

2.1.2.- El juego entre algunas directivas comunitarias de derecho privado, las normas estatales de transposición y la normativa autonómica

2.1.2.1.- La Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados

2.1.2.2.- La Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido

2.1.2.3.- La Directiva 89/397/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1989, relativa al control oficial de los productos alimenticios

2.1.2.4.- La Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia

2.2.- La participación en el proceso de unificación del derecho contractual en Europa

2.3.- Los contornos del Derecho civil balear “posible” en materia de Derecho contractual

## I.- INTRODUCCION

Al hablar de “Derecho civil balear” se hace referencia al derecho civil exclusivamente vigente en las Illes Balears y dictado por el Parlament balear<sup>2</sup>, recogido, principalmente, en la Compilación de Derecho civil de Baleares (Ley 8/1990, de 28 de junio) y en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, con lo cual, para abordar este estudio es necesario sentar, ante todo, tres premisas:

(1) En primer lugar, hay que señalar que la materia civil puede hallarse en leyes que por su envoltorio no sean civiles, máxime cuando una norma jurídica puede contener materias diversas, que convergen en algún punto, y que se amparan en diferentes títulos competenciales.

(2) En segundo lugar, hay que decir que el Derecho de consumo y el Derecho del turismo no son materias civiles, sino que abarcan contenidos de derecho público y de privado. Así, el Derecho de Consumo es el conjunto de normas que tienden a la protección de los consumidores y usuarios y de los intereses difusos, todo ello cumpliendo el mandato constitucional recogido en el artículo 51 CE. Por otra parte, el Derecho del Turismo es el conjunto de normas e instituciones que regulan la relación socioeconómica que es el turismo.

Vistas ambas definiciones, de lo que no cabe duda es de que, en la medida en que ambas materias se conectan con la figura del consumidor, calificado en ocasiones como turista, competirá al Derecho civil regular determinadas cuestiones.

(3) En tercer lugar, hay que advertir que las leyes que trataremos en este trabajo tienen una envoltura más bien de derecho público y no se amparan en la competencia civil que el artículo 149.1.8 CE otorga a las CCAA

con derecho civil propio y que, en nuestro caso, se recoge en el art. 10.23 EAIB. No obstante, este envoltorio no hace que las cuestiones civiles que regulan estas normas dejen de ser civiles, y por esto, nos parece interesante esta temática.

En el presente trabajo, pretendemos dar una visión panorámica sobre el ejercicio de las competencias en materia de consumo y de turismo, en la medida en que el mismo ha servido para regular cuestiones civiles, pero sin usar el título de competencia en materia de “desarrollo del derecho civil”.

## **II.- ELENCO DE NORMATIVA AUTONOMICA EN MATERIA DE CONSUMO Y TURISMO**

Al hablar de normativa autonómica en materia de consumo y de turismo, nos referimos, principalmente, al siguiente elenco cronológico de normas:

### **Sobre Derecho de consumo<sup>3</sup>:**

1.- La Ley 1/1998, de 10 de marzo, *de l'Estatut de Consumidors i Usuaris de la CAIB* (EC) –BOCAIB n.º 37, de 17 de marzo de 1998–.

2.- La Ley 11/2001, de 15 de junio, *d'Ordenació de l'activitat comercial a les Illes Balears* –BOE n.º 164, de 10 de julio de 2001–.

### **Sobre Derecho de Turismo:**

3.- El Decreto 60/1997, de 7 de mayo, *de Reglament de les agències de viatges de la CAIB* –BOCAIB n.º 63, de 24 de mayo de 1997–.

4.- El Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, *por el que se regulan determinados aspectos del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles en el ámbito de la CAIB* –BOCAIB n.º 117, de 18 de septiembre de 1997–.

5.- La Ley 2/1999, de 24 de marzo, *general turística de les Illes Balears* –BOCAIB n.º 41, de 1 de abril de 1999–.

## **III.- ASPECTOS COMPETENCIALES**

Partiendo de que dichas normas tienen algún contenido civil, tal vez mínimo, pero alguno, y haciendo un ejercicio de abstracción, vamos a ver qué supone el haber usado otros títulos competenciales para regular materias civiles.



## **1.- Competencias ejercitadas y materia civil**

### **1.1.- La Ley 1/1998, de 10 de marzo, de l'Estatut de Consumidors i Usuaris de la CAIB**

Dicha norma se dicta al amparo del art. 11.9 EAIB que otorga competencia en el desarrollo legislativo y en la ejecución de la materia de:

*“Defensa dels consumidors i del usuaris, d'acord amb les bases i l'ordenació de l'activitat econòmica general i de la política monetària de l'Éstat, i d'acord amb les bases i la coordinació general de la sanitat en els termes del que es disposa als articles 38, 131 i als números 11, 13 i 16 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució”.*

Esta Ley hace referencia a cuestiones que son consideradas civiles, sobre todo si tenemos en cuenta que el referente de dicha norma, a nivel estatal, es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU). Así, entre otros, el artículo 2 define al “consumidor”; el artículo 7 regula la irrenunciabilidad de derechos; el artículo 10 habla de la protección contra los abusos contractuales, por ejemplo, producidos por el uso de contratos sometidos a condiciones generales de la contratación; el artículo 12 se refiere al derecho a reclamar por los daños y perjuicios sufridos; y el artículo 15 dispone cuál es la información mínima que han de contener los productos y servicios al ser contratados.

Por otro lado, observamos que el artículo 11.9 EAIB es un título competencial que hace frontera con cuestiones reservadas al Estado y, por tanto, la regulación autonómica puede entrar en conflicto con el Estado en puntos como la libertad de empresa o la planificación de la actividad económica general, por lo cual, hay que tener presente que el Estado, según el artículo 149.1 CE, tiene competencia exclusiva sobre: n.º 11.º Sistema monetario; n.º 13.º Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; y n.º 16.º Bases y coordinación general de la sanidad.

Siendo éstas las competencias exclusivas del Estado, hay que decir, a primera vista, que si la regulación del derecho de consumo se produjera por parte de la CA en relación a cuestiones civiles, y se usara el título competencial civil, no se entraría en conflicto con estas materias reservadas al Estado, siempre que, “en todo caso”, no se incida en las “bases de las obligaciones contractuales”. Volveremos sobre el tema.

### **1.2.- La Ley 11/2001, de 15 de junio, d'Ordenació de l'activitat comercial a les Illes Balears**

Esta Ley se presenta como una norma de naturaleza administrativa y

señala la EM (VI) que “tiene por objeto la regulación administrativa de la actividad comercial”, resaltando que la misma no incide en las condiciones esenciales del ejercicio de la libertad de empresa (“por lo cual el artículo 149.1.1ª CE no supone, en este caso, un límite competencial del alcance legislativo de las Illes Balears”).

La competencia ejercitada en la misma es, según la Exposición de Motivos de la Ley, el artículo 10.38 del EAIB<sup>4</sup>, que da competencia exclusiva a la CAIB en materia de: “Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia”.

Dicha competencia en “comercio interior”, sumada a la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de los artículos 11.8 (en ordenación y planificación de la actividad económica de las Illes Balears) y 11.9 (en defensa de los consumidores y usuarios) del EAIB, permite a las instituciones baleares diseñar una política propia de ordenación del comercio y establecer una regulación sustantiva adaptada a las características peculiares de la estructura económica, social y territorios de las Islas.

No obstante, la Ley 11/2001, *d’Ordenació de l’activitat comercial a les Illes Balears*, contiene también materia civil como es la regulación, en el artículo 30, de la venta a distancia, en cuanto se establece la información mínima que debe contener la oferta contractual; y el período de reflexión, no inferior a 7 días, durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recuperar el precio, es decir, el llamado derecho de desistimiento<sup>5</sup>.

### **1.3.- El Decreto 60/1997, de 7 de mayo, de Reglament de les agències de viatges de la CAIB**

Éste se dicta al amparo del artículo 10.11 EAIB que señala que la CA tiene competencia exclusiva en “Turismo” (antes, en el artículo 10.9 EAIB: “*Foment i promoció del turisme. Ordenació del turisme en el seu àmbit territorial*”; modificado por la LO 3/1999, de reforma del EA).

El Decreto 60/1997 trata cuestiones de carácter administrativo y deja al margen la regulación civil, al señalar, en su artículo 15 (Organización, oferta y venta) que: “La organización, oferta y venta de los Viajes Combinados, se realizará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21/1995, de 6 de julio”, es decir, de acuerdo a la ley estatal. No obstante, contiene referencias a la “defensa de los consumidores”, con un trasfondo de materia civil, como por ejemplo: en el artículo 14.2, al hablar del derecho de los consumidores a una información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los servicios; en el artículo 16, cuando exige que,

previamente a la formalización del contrato, se informe al consumidor de determinadas cuestiones y, especialmente, cuando establece un “desistimiento” no libre para el consumidor, en determinados supuestos, que son, en realidad, casos de “incumplimiento contractual”; y, en el artículo 18, que hace referencia al carácter vinculante que tiene la publicidad y, por tanto, se integra en el contenido del contrato celebrado por el consumidor.

#### **1.4.- El Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, por el que se regulan determinados aspectos del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles en el ámbito de la CAIB**

Éste se ampara también en la competencia en materia de turismo del artículo 10.11 EAIB y señala, en su Exposición de Motivos, que la CAIB “tiene competencia para regular todos los aspectos estrictamente turísticos de la actividad relativa a los derechos de aprovechamiento por turnos”.

Respecto al mismo, hay que resaltar que “el aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles”, tanto si se califica como “derecho real”, como de derecho obligacional (arrendamiento de temporada *sui generis*)<sup>6</sup>, es materia civil. Y tampoco cabe duda de que la protección del adquirente [(entiéndase, consumidor) dice la EM: “aquellas personas que se pueden interesar por este producto turístico con la finalidad de que no sufran algún tipo de abuso de los que han existido hasta la fecha”)] y el tema de la responsabilidad por incumplimiento contractual (dice la EM: “régimen de obligaciones que de ellos se predica”) son materia civil.

El Decreto 117/1997 regula el aprovechamiento por turnos, tanto desde la perspectiva del alojamiento turístico, como desde la perspectiva de los derechos del consumidor y de las obligaciones del empresario turístico. Así, el artículo 4 del Decreto 117/1997 impone al empresario diversas obligaciones como la de suscribir “una póliza de seguros que garantice su responsabilidad frente a los adquirentes, frente a la Administración y frente a terceros, ya se derive de su actuación o de la de sus agentes, intermediarios, personas encargadas del mantenimiento, o cualquier otro empleado, subordinado o asociado, o de los ocupantes de las viviendas”. Igualmente, el artículo 5 se refiere a la obligación de entrega de un documento informativo precedente a la formalización del contrato y al contenido mínimo del mismo.

#### **1.5.- La Ley 2/1999, de 24 de marzo, general turística de les Illes Balears**

Ésta norma se dicta también con base en la competencia del artículo 10.11 EAIB, relativa a turismo, y tiene como finalidad regular de manera

unitaria y sistemática toda la normativa sobre turismo, garantizar el crecimiento equilibrado de la oferta turística y el desarrollo de las empresas. Asimismo, señala la EM<sup>7</sup>, que la Ley contempla a los usuarios de servicios turísticos y establece los principios básicos que puedan afectarlos, es decir, la defensa y garantía de la calidad para los usuarios.

Desde el punto de vista de la materia civil, hay que destacar que la Ley 2/1999, en el artículo 38, define al usuario de los servicios turísticos como “consumidor” al señalar que lo es: *“tota persona, física o jurídica, que contracti, rebi, utilitzi o disfruti com a destinatari final els serveis, béns i activitats que donen les empreses inscrites en el Registre Insular de Empreses, Activitats i Establiments turístics”*.

Asimismo, reconoce al turista toda una serie de derechos con el objeto de mejorar la calidad de la oferta, en los artículos 39 a 44, de los cuales, destacamos el derecho a recibir una información correcta, el derecho a la calidad de los bienes y servicios, el derecho a la intimidad y a la tranquilidad, el derecho a la seguridad y a reclamar.

Junto con tales derechos, el turista también tiene deberes, los cuales se recogen en el artículo 45 de la Ley 2/1999, de los cuales destacan: el deber de aceptar el entorno medioambiental y cultural, el deber de cumplir las reglas de los lugares que visite y de las empresas que le prestan un servicio, el deber de respetar las normas de educación y buenas costumbres y el deber de no ceder los servicios contratados<sup>9</sup>. La infracción de tales deberes da lugar a una responsabilidad fijada en cada caso.

Observamos, que el artículo 45 recuerda algunos deberes que suponen el cumplimiento de la obligación del turista, los cuales serían igualmente exigibles sin dicho recordatorio.

Finalizamos este apartado relativo a las competencias ejercitadas, resaltando que, como mínimo, llama la atención que estas normas autonómicas amparadas todas en títulos competenciales que no son el de “desarrollo del derecho civil”, se refieren, no obstante, a temas que, desde un punto de vista de la legislación estatal, han sido tratados por normativas de derecho civil.

## **2.- Justificación del no ejercicio de la competencia en materia civil**

Con respecto al uso de la competencia en materia de derecho de consumo, sin usar, paralelamente, el título competencial “desarrollo del

derecho civil”, la justificación puede ser que el legislador balear ve, como elemento más destacable en las normas que ha promulgado, la perspectiva jurídico-pública del Derecho de consumo.

Además, puede haber una cuestión de oportunidad, en la medida en que el título competencial “defensa de los consumidores” es de contornos difusos, lo cual puede favorecer, en ocasiones, a la CA.

En este punto, hay que plantear el estado de la cuestión en relación al contenido de la competencia en materia de consumo, lo cual nos conduce a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1.- En primer lugar, hay que señalar que, a raíz de la publicación de la Ley estatal 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), se generó una problemática por entender, ciertas CCAA, que el Estado no tenía título competencial para dictarla y no podía ampararse, únicamente, en el artículo 51 CE. Esto llevó al planteamiento por parte de la Generalitat de Catalunya, del Gobierno vasco y de la Junta de Galicia de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la LGDCU, que fue resuelto por la STC 15/1989, de 26 de enero, de la cual cabe destacar algunos pronunciamientos (el subrayado es nuestro).

En cuanto al tema de la competencia, señala la STC que si bien son las CCAA, y no el Estado, quienes tienen competencia en la materia de “defensa de los consumidores”, la misma “no ha sido asumida competencialmente por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad u homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente a las comunidades autónomas por imposibilidad constitucional, o por simple decisión de sus Estatutos, habrán sido retenidas por el Estado en virtud del artículo 149.3 de la CE”. Es decir, en virtud de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal.

Además, pone de relieve la STC que: “aun cuando resulta indiscutible que el artículo 51 de la C.E. no es conceptuable como norma competencial, no puede dejarse de reconocer que, dada la singularidad de la materia sobre la que versa la Ley, el Estado dispone a priori de diversos títulos competenciales, constitucionalmente indisponibles para todas las Comunidades Autónomas, que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y del usuario. (...) esta materia se caracteriza ante todo por su contenido pluridisciplinar, en el que se concita una amplia variedad de materias que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el artículo 149.1 CE a los efectos de concretar las competencias del

Estado. (...) como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre “defensa del consumidor y del usuario” corresponden a determinadas Comunidades Autónomas. (...) La defensa del consumidor y del usuario nos sitúa (...) ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (artículo 149.1.1ª, 6ª, 8ª, 10ª, 13ª, 16ª y 29ª CE)”.

Dicho lo cual, concluye el TC que: “(...) de lo que se trata es de precisar si se ha producido con su aprobación algún tipo de extralimitación a la luz, en cada caso concreto, de los específicos títulos competenciales que constitucionalmente son propios del Estado. (...) dada esa falta de homogeneidad de los Estatutos de Autonomía, dimanante del hecho de que no todas las Comunidades Autónomas han asumido idénticas competencias en todas esas materias, quedando las no asumidas retenidas por el Estado, los excesos competenciales que pudieran detectarse en la Ley no siempre abocarán ineludiblemente a la declaración de inconstitucionalidad, sino a la de su ineficacia o inaplicabilidad directa en función de que las Comunidades Autónomas dispongan de esas competencias”.

En resumen, la LGDCU “no alcanzará a aquellas Comunidades Autónomas que tengan reconocida competencia en la materia, si bien, como es obvio, el mismo contenido normativo será eficaz en ellas por imperativo directo de lo establecido en los preceptos constitucionales”.

Se está refiriendo el TC a que dicho contenido normativo haga referencia a la legislación civil, mercantil y de comercio exterior, entendiendo que se trata de materias reservadas al Estado.

En esta línea, cabe resaltar también el pronunciamiento de la STC 1986/88, de 1 de julio, por cuanto:

“La defensa del consumidor aparece así como un principio rector de la política social y económica cuya garantía la Constitución impone a los poderes públicos. La misma naturaleza de este objetivo, por la variedad de ámbitos en que incide, hace que, en un Estado descentralizado como el nuestro, esta garantía no pueda estar concentrada en una sola instancia, ya sea ésta central o autonómica”. En este sentido, el “derecho del consumidor”,

entendido como el “conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto proteger al consumidor”, difícilmente podrá encontrarse codificado en un conjunto normativo emanado de una sola de estas instancias, siendo más bien la resultante de la suma de las actuaciones normativas, enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial. (...) dadas las muchas veces inevitable conexión entre las normas de defensa de la competencia y de la protección de los consumidores, los criterios antes señalados –el de la materia regulada y el de la orientación o vocación predominante de la norma de que se trate–, será el determinante para la precisión de la atribución de competencia”.

Finalmente, hay que decir que dicha doctrina jurisprudencial es recordada en la reciente STC 2003/124, de 19 de junio, señalando que: «la competencia estatal en materia de “ordenación general de la economía” (art. 149.1.13 CE) puede abarcar “tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Y ello a condición de que el referido título competencial no alcance o no puede “incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues, de no ser así, “se vaciará de contenido una materia y un título competencial más específico””, sin que de la invocación del interés general que representa el Estado pueda resultar otra cosa por cuanto, según hemos dicho, el mismo se ha de materializar a través del orden competencial establecido, excluyéndose así la extensión de los ámbitos competenciales en atención a consideraciones meramente finalísticas».

A esta doctrina del TC, hay que sumar el dato de que los propios Estatutos la reconocen y, por tanto, asumen la competencia con ciertas limitaciones, ya que dicha competencia “exclusiva” lo es “sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia”.

Estas competencias estatales son, según la jurisprudencia constitucional<sup>10</sup>, “títulos estatales de actuación transversal”, lo que viene a significar que el Estado puede inmiscuirse en el ámbito de la “defensa de los consumidores” mediante otros títulos de competencia exclusiva o compartida<sup>11</sup>.

2.- En segundo lugar, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del TC (stn. 1982/71, de 30 de noviembre), en relación con que el contenido civil de las normas que la CA dicta bajo el título competencial “consumo” penetra

“en el derecho de los contratos” que sólo por el legislador estatal –al que compete la legislación civil en los términos que dice el artículo 149.1.8ª de la Constitución– podrá regularse. Bajo este título competencial autonómico se puede ver, en ocasiones, “una vía de penetración de la intervención pública en el derecho obligacional, o derecho de la contratación, reservado al legislador estatal, como propia de un derecho privado, en lo que no corresponda al derecho foral”<sup>12</sup>.

La segunda justificación, y con respecto al uso de la competencia en materia de turismo, sin usar, paralelamente, el título competencial “desarrollo del derecho civil”, puede ser que, al haber sido recogida en el EA como competencia exclusiva, si la CA invoca el título competencial de turismo puede traspasar el límite competencial e interferir en el ámbito de competencia del Estado, atendiendo a dos elementos (ex STC 125/1984, de 20 de diciembre):

1.- A que “las normas constitucionales y estatutarias relativas a la distribución de competencias clasifican la realidad social en materias para ordenar aquella distribución” y, por tanto, “los conceptos de materias allí recogidos poseen en ocasiones un inevitable grado de indeterminación”.

2.- Y a que “es frecuente que una materia, en concreto el turismo, tenga dimensiones clasificables dentro de otro concepto material y encajables en otro título competencial”.

Este temor a que, con base en la competencia en “turismo”, las CCAA invadan títulos competenciales estatales es expresado en el voto particular del Magistrado Arozamena Sierra a la STC 125/1984, que señala: “(...) tratándose de promoción del turismo no puede invocarse la competencia autonómica en la materia definida con fórmula amplia (...) para sostener que la promoción sobre ofertas turísticas dirigidas al mercado interior y al mercado exterior, y las medidas al respecto con el propósito de estimular la calidad del producto turístico ofrecido y con ello incrementar la demanda (...) pertenezcan a área competencial en exclusividad de las Comunidades Autónomas”.

#### **IV.- CUESTIONES QUE PLANTEA EL NO USO DE LA COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL**

##### **1.- Algunos problemas de interpretación de dichas normas a modo ejemplificativo**

El hecho de no ejercitar la competencia en materia civil al dictar estas



normas, unido al dato de que las mismas inciden en diversos ámbitos y que, además, la competencia que ejercitan es, en ocasiones –como la “defensa de los consumidores”–, de contornos confusos, lleva a una situación de complejidad que dificulta la interpretación de estas normas. Veamos algunos ejemplos concretos:

(1) De la redacción del art. 7.2 de *l'Estatut de Consumidors* (“*En cas de que hi hagi condicions més favorables per al consumidor en les normes estatals, s'aplicaran aquestes*”) se ha desprendido la siguiente interpretación.

Se ha considerado<sup>13</sup> que esta norma establece que, en caso de darse un conflicto entre normas estatales y normas autonómicas del mismo carácter, la forma de resolverlo será aplicando la ley estatal sólo si es más favorable al consumidor. No obstante, “la posibilidad de que existan conflictos entre las normas estatales y las de la comunidad autónoma puede admitirse tratándose de legislación administrativa, nunca en materia civil, pues el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia civil, salvo en los casos en que la tiene la CA (conservación, modificación y desarrollo), es decir, la competencia la tiene uno u otro, y si alguno legisla sin competencia la ley es materialmente inconstitucional”.

(2) Del artículo 8.2 de *l'Estatut de Consumidors* (“*Els casos de concurrència entre aquesta normativa i les disposicions civils, mercantils i aquelles que regulen el comerç interior i d'altres que puguin afectar-los, es resoldran d'acord amb el principi de condició més beneficiosa per al consumidor*”) también se ha desprendido una interpretación polémica.

La misma doctrina mencionada dice que el artículo 8 EC da “con carácter general, un criterio para resolver conflictos de leyes relativos a toda la normativa en materia de consumo: el principio de la condición más beneficiosa para el consumidor”<sup>14</sup>. La idea que subyace a esta opinión es que el legislador balear no puede dar criterios para resolver conflictos, en primer lugar, porque la legislación mercantil y sobre comercio interior son competencia exclusiva del Estado<sup>15</sup> y, en segundo lugar, porque en caso de ser un conflicto entre la legislación civil estatal y la balear, la solución la dará el art. 14 Cc.

Con respecto a ambos problemas interpretativos, se ha argumentado por parte de FERRER VANRELL<sup>16</sup>, y en contra de lo anterior, que los arts. 7.2 y 8.2 de *l'Estatut de Consumidors* no son normas de conflicto, sino excepciones a la “aplicación preferente” del derecho propio sobre el estatal, con la finalidad de cumplir el principio de “mejor protección”. El principio de “mejor protección” excepciona, aquí, la “principalidad-supletoriedad” del art. 4.3

Código civil (“Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”). Se establece una excepción a la “aplicación preferente” del “derecho propio” sobre el “derecho estatal” cuando éste, desde el punto de vista de los derechos de los consumidores, les sea más favorable.

(3) La redacción del art. 1 de l'Estatut de Consumidors (“La present llei té per objecte garantir la protecció dels drets i dels legítims interessos dels consumidors i usuaris en el territori de les Illes Balears”) ha llevado, teniendo en cuenta que en el EC hay normas civiles, a entender que ofrece una norma de conflicto distinta a la que establece el artículo 14 Código civil, es decir, a la de la vecindad civil, que es la que determina qué Derecho civil es aplicable<sup>17</sup>.

Al respecto que ha señalado<sup>18</sup>, en conexión con el establecimiento de las excepciones a la aplicación del derecho propio de los arts. 7.2 y 8.2 EC, que el *Estatut de Consumidors* tiene como criterio de aplicación el de estatuto real y no el de personal; por lo que, cualquier consumidor, con independencia de su estatuto personal, que sea consumidor en las Illes Balears, según los criterios del art. 2 EC, tiene los derechos que le concede la ley balear y podrá reclamar fuera de las Islas Baleares (ex art. 10.5 Código civil).

(4) También se ha planteado una interpretación conflictiva en relación con la Disposición Adicional Primera del *Estatut de Consumidors* (“En tot allò que no està previst en aquesta llei i les normes que la desenvolupin o la complimentin, serà d'aplicació la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris”), por cuanto señala<sup>19</sup> que cabe entender esta norma como una aplicación del derecho estatal por remisión estática (según DF 2ª CDCB), lo cual llevaría al resultado ilógico de que se incorporaría de forma estática al ordenamiento civil balear, la LGDCU en la redacción vigente al tiempo de la entrada en vigor del EC.

En relación con este problema, FERRER VANRELL<sup>20</sup> considera que esta DA es una norma de “supletoriedad” concreta, y una declaración superflua, por estar ya contenida en el art. 149.3 CE.

Expuestas, brevemente, algunas polémicas que envuelven la interpretación de estas normas, es interesante a nuestro entender, con la finalidad de aportar más elementos de debate, tener en cuenta dos elementos:

(1) En primer lugar, hay que tener en cuenta que el EAIB asume la competencia en materia de “defensa de los consumidores” en cuanto a

desarrollo legislativo y ejecución, dentro del marco de la legislación básica del Estado, con lo cual hemos de considerar que, al menos, desde el enfoque del “derecho de consumo” la LGDCU es, en algunos puntos, legislación básica. Por tanto, es lógico que si concede mejores derechos al consumidor se apliquen éstos, y también que la misma sea norma supletoria, todo lo cual nos lleva a que los artículos vistos puedan ser superfluos o innecesarios.

Incluso cabe plantearse que, en el supuesto de que la competencia en “defensa de los consumidores” fuese exclusiva, regiría igual el principio *pro consumatore* en la interpretación de las normas, no por estar recogido en la LGDCU (artículo 1.1), sino porque es un principio general que informa todo el ordenamiento jurídico<sup>21</sup>, con base en el artículo 51 CE y en la interpretación jurisprudencial que del mismo se ha hecho.

En este punto, hay quienes entienden (voto particular de Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer en la STC 1989/15, de 26 de enero) que “de los artículos 51 y 149.1.1 de la Constitución deriva una competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en cuanto a su derecho a la defensa como consumidores y usuarios, pues, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución, dicho artículo 51 ha de ser interpretado conforme a los Tratados internacionales en los que viene configurándose ya como derecho de la persona también la tutela del consumidor”<sup>22</sup>.

(2) En segundo lugar, hay que tener también presente que el *Estatut de Consumidors* es, principalmente, una norma de derecho administrativo y, es al regular dicho contenido, cuando concurre la “defensa del consumidor” con otros títulos competenciales y, en cada caso, hay que delimitar lo que pertenece a dicho título competencial, o afecta a la “defensa de la competencia”, o a la “unidad de mercado” o a la “ordenación de la actividad económica general”. Por tanto, si analizamos las normas civiles que se contienen en dichas normas desde el prisma de que se está ejercitando una competencia que no es la de desarrollo del derecho civil, encontramos muchas más zonas confusas que si nos situáramos en el ejercicio de la competencia de desarrollo de Derecho civil limitada, únicamente, por el “en todo caso” del artículo 149.1.8ª CE, sin perjuicio de la dificultad que, igualmente, entraña, establecer el contenido del “en todo caso”. Aunque ésta es otra cuestión.

## **2.- La pérdida de la oportunidad de desarrollar el Derecho civil balear**

El no uso de la competencia en desarrollo del derecho civil supone una pérdida de la oportunidad de desarrollo del mismo, pero esta afirmación

debe matizarse, en la medida en que hay quienes entienden que esta materia (consumo y turismo) no se engloba dentro del Derecho civil propio y, por tanto, no puede desarrollarse por parte de la CA, en atención a la competencia en “desarrollo” del Derecho civil.

Siendo así, la afirmación que hemos hecho presupone que se parte de la base de que el desarrollo del derecho civil propio no puede entenderse ceñido al desarrollo de la materia contenida en la Compilación, sino que adoptamos una postura más amplia.

Sabemos que la competencia autonómica exclusiva se circunscribe a la “conservación, modificación y desarrollo”<sup>23</sup> y para delimitar estos conceptos, podemos recordar (STC 121/1992) que el concepto “desarrollo” ha sido el más controvertido, ya que la doctrina está dividida en tres grupos:

(a) Los llamados “foralistas”, partidarios de una interpretación restrictiva que limitan la competencia a los contenidos recogidos en las Compilaciones.

(b) Los “autonomistas”, que mantienen la legitimación para legislar sobre cualquier cuestión civil excepto las materias reservadas “en todo caso” al Estado.

(c) Y los que abogan por una “posición intermedia”, que fijan el límite de las competencias en las “instituciones conexas”<sup>24</sup>, lo cual implica que la regulación del derecho civil está limitada a que exista una conexión con las instituciones ya reguladas y dentro de sus principios informadores.

Esta tercera línea, proviene de la jurisprudencia del TC relativa a que las CCAA que habían asumido la competencia correspondiente podían, no sólo modificar la regulación de sus instituciones ya existentes, sino también regular instituciones nuevas, aunque no de forma ilimitada, sino conexa a las ya reguladas y dentro de los principios que informan el derecho propio (STC 88/1993, de 12 de marzo y STC 156/1993, de 6 de mayo)<sup>25</sup>.

Desde esta óptica, para analizar lo que se entiende por “desarrollo” hay que abordar dos cuestiones:

(1) La conexión entre las instituciones nuevas y las preexistentes, que es lo que permite ir más allá de las Compilaciones.

Se ha señalado<sup>26</sup> que la exigencia de una previa base normativa es incorrecta, porque si bien es cierto que el desarrollo requiere “algo previo” que desarrollar, ese “algo” es el Derecho, no la norma preexistente. El desarrollo se refiere a los “derechos civiles, forales o especiales”, al “Derecho civil”, no

como norma existente, sino como ámbito de competencia normativa. Puesto que, de no ser así, la tesis de la conexión requeriría dos títulos competenciales: el del correspondiente Estatuto de Autonomía (desarrollo) y el de la institución a la que se conecta. Además, dicha tesis deja al margen el hecho de que la institución resultante de la conexión pueda ser la base de una nueva conexión y ser así potencialmente indefinida. Y es esta conexión indefinida de las instituciones civiles, la que justifica la cláusula de salvaguarda incluida en los términos “en todo caso” del art. 149.1.8 CE<sup>27</sup>.

Por tanto, si se enuncia la materia que “en todo caso” es de exclusiva competencia estatal, aquello que queda fuera será de exclusiva competencia de los Parlamentos Autonómicos que han asumido la competencia en derecho civil propio<sup>28</sup>. En tal sentido, la STC 88/1993 dice: “el sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial a favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno”.

(2) La fidelidad a los principios, ya que se otorga a los principios informadores del derecho civil territorial una segunda función, junto a la tradicional de aplicación del Derecho, y que supone que “los principios generales” se llevan al ámbito legislativo, a la creación del Derecho<sup>29</sup>.

Así, la STC 88/1993 se refiere a los “principios informadores peculiares del Derecho foral”, dándoles valor de directriz legislativa, y convirtiéndolos en un nuevo límite legislativo.

Nosotros, en este estudio, partiendo de la aceptación de esta última doctrina correctora de la teoría de las “instituciones conexas”, vamos a basar la posibilidad de englobar, en el “desarrollo del derecho civil”, la materia de “consumo” y “turismo”, utilizando tres argumentos o pilares, que son interdependientes entre sí.

### **2.1.- La viabilidad de transponer directivas por parte de las CCAA**

Las normas autonómicas a las que hemos hecho referencia mencionan directivas europeas, las cuales han sido transpuestas al Derecho español mediante leyes civiles estatales.

Para abordar este apartado, debemos partir de la premisa de que se acepta la transposición de directivas por parte de los parlamentos autonómicos competentes y, por tanto, se respeta la diversidad legislativa del Estado español<sup>30</sup>.

### **2.1.1.- El juego entre la transposición del Derecho comunitario y el poder legislativo de la Comunidad Autónoma**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha enunciado el principio de “indiferencia”<sup>31</sup> del Derecho comunitario respecto del reparto del poder político en los Estados miembros al señalar que éstos gozan de total autonomía a la hora de organizar internamente el Estado, como consideren más oportuno<sup>32</sup>. El reparto de competencias relativas al ejercicio del poder político a nivel interno afectará la aplicación y ejecución del mismo Derecho comunitario, en la medida en que los diferentes entes subestatales que integran el Estado sean titulares de unas competencias propias que no pueden ser usurpadas por el Estado, incluso cuando se trate de cuestiones relativas al Derecho comunitario. Pero el reparto interno de competencias en ningún caso podrá legitimar un incumplimiento de las obligaciones que se deriven de la pertenencia a la Unión Europea<sup>33</sup>.

En este sentido, el TC ha afirmado, en la sentencia 115/1991, de 23 de mayo, que la “traslación de la normativa comunitaria al Derecho interno ha de seguir los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a través del orden competencial establecido que no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias”<sup>34</sup>. Posteriormente, el TC ha concretado esta doctrina, al señalar en la sentencia 236/1991, de 12 de diciembre, que: “en suma, la ejecución del derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario”<sup>35</sup>. Consecuentemente, corresponde a cada Comunidad Autónoma ejecutar las disposiciones comunitarias en aquellos casos en que la materia en cuestión entre dentro de las competencias recogidas en los respectivos Estatutos de Autonomía<sup>36</sup>.

Esta cuestión planteará algunos problemas en la medida en que la aplicación de una concreta disposición comunitaria por parte de la Comunidad Autónoma dependerá de que nos encontremos ante competencias exclusivas (que suponen el ejercicio de la potestad normativa plena, tanto la legislativa como la reglamentaria), o bien ante competencias compartidas (donde el Estado se reserva la legislación básica y a la Comunidad le corresponde su desarrollo normativo y reglamentario). En el primer supuesto, la Comunidad Autónoma será la única responsable de las obligaciones comunitarias, mientras que, en el segundo supuesto, el incumplimiento podrá ser consecuencia tanto de una actuación imputable

al Estado como de una actuación de la CA.

En concreto, el papel de las CCAA será especialmente activo respecto de la transposición de directivas<sup>37</sup> comunitarias, cuyo contenido entre dentro del ámbito de las competencias que le han sido atribuidas. La obligación de resultado que impone la directiva supondrá trasladar a la Comunidad Autónoma la responsabilidad de adoptar las disposiciones necesarias, ya sean de carácter legislativo o reglamentario, para que se materialice el contenido de aquella<sup>38</sup>.

Cuando las Comunidades Autónomas se abstengan de adoptar las disposiciones necesarias para ejecutar las disposiciones comunitarias, el hecho de que el art. 149.3 CE establezca que el Derecho estatal será supletorio respecto del autonómico, nos lleva a pensar que será de aplicación el Derecho estatal. Así se ha expresado el propio TC en la sentencia 79/1992, de 28 de mayo<sup>39</sup>, al establecer que “sin olvidar que la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE no constituye una cláusula universal atributiva de competencias”, ello no impide que el Estado pueda dictar normas supletorias “porque, a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de la Comunidad Autónoma, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos (art. 93 CE, conforme al que ha de interpretarse también el alcance de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE)”<sup>40</sup>.

La CE prevé, asimismo, otro mecanismo destinado a forzar un cumplimiento de las obligaciones impuestas a las CCAA: la denominada “coacción federal” prevista en el art. 155 CE. Este artículo confiere al Estado la competencia para adoptar aquellas medidas que considere necesarias dirigidas al cumplimiento forzoso de las obligaciones que incumben a las CCAA. Así pues, en aquellos casos en que, a partir del reparto interno de competencias materiales, las CCAA no hiciesen efectivo el cumplimiento de las obligaciones comunitarias sería posible desencadenar el mecanismo coactivo señalado.

Finalmente, hay que decir que, lógicamente, la responsabilidad por la falta de transposición recaerá en el Estado, en la medida en que sólo éste es parte en los Tratados constitutivos de la CE, sin perjuicio de que, posteriormente, el mismo ejercite acción de regreso contra la CA autora de la infracción<sup>41</sup> y de que el particular perjudicado se dirija directamente contra la CA<sup>42</sup>.

Así pues, es comprensible que, en aquellos supuestos en que una

actuación contraria al ordenamiento comunitario llevada a cabo por un ente subestatal desemboque en una solicitud de indemnización, ésta deba ser satisfecha por el ente territorial autor material del incumplimiento y no propiamente por el Estado<sup>43</sup>.

Todo ello nos lleva a concluir, desde el punto de vista de nuestro estudio que, las CCAA pueden transponer directivas en materia civil, cuando han asumido la competencia al respecto. Dichas transposiciones tienen naturaleza de derecho autonómico y, en la medida en que se trate de materia civil, como las Illes Balears tiene la competencia de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil propio, la transposición se integrará en dicho derecho.

Así, en relación con el derecho de consumo que es, mayoritariamente, el tratado en las directivas, hay que señalar que, al ser las relaciones patrimoniales del consumidor, materia civil, son las normas civiles las que han de regular dichas relaciones y, en consecuencia, la competencia legislativa relativa a dicho ámbito debe atribuirse al Parlamento IB, como manifestación específica del “desarrollo” del derecho civil propio<sup>44</sup>.

No obstante, no hay que olvidar que la materia civil a la que se refiere el Derecho de consumo, pertenece a la rama del Derecho civil patrimonial, en concreto, al derecho de obligaciones y contratos, y, desde esta óptica, la STC 124/2003, de 19 de junio, recuerda que: “(...) la competencia del Estado en el ámbito del Derecho mercantil y obligacional ex artículo 149.1.6 y 8 CE incluye los ámbitos relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles o la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales, e igualmente la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios. Pero ello no impide que las normas autonómicas puedan disciplinar determinados tipos de ventas, y en concreto la venta no sedentaria, con base en su competencia en materia de comercio interior, siempre que dicha regulación autonómica se ciña al espacio de las relaciones jurídico-públicas”.

Por tanto, en cada concreta transposición relativa al Derecho de consumo habrá que ver la competencia que puede tener la CA. De todas formas, sobre esta STC volveremos más adelante.

### **2.1.2.- El juego entre algunas directivas comunitarias de derecho privado, las normas estatales de transposición y la normativa autonómica**

En este orden de cosas, pasamos a ver unos ejemplos de que la materia



recogida en las normas autonómicas que estamos tratando ha sido abordada por directivas europeas, las cuales, a la vez, han sido transpuestas al Derecho español mediante leyes civiles.

**2.1.2.1.- La Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados<sup>45</sup>**

El contenido de esta Directiva es la regulación de la contratación de viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados, con la finalidad de “la realización de un mercado común de servicios, haciendo posible de este modo que los operadores establecidos en un Estado miembro ofrezcan sus servicios en otros Estados miembros y que los consumidores de la Comunidad gocen de condiciones comparables sea cual fuere el Estado miembro en que adquieran un viaje combinado”.

La Ley estatal 21/1995, de 6 de julio, *reguladora de los viajes combinados*<sup>46</sup> (LVC), supuso la transposición de la Directiva 90/314. Ésta define los viajes combinados como aquellos en los que se ofertan o contratan, por un precio global, una combinación de servicios (transporte y alojamiento u otros servicios que sean parte significativa del viaje combinado) de duración superior a 24 horas, y regula el derecho del turista a que el contrato se cumpla según las condiciones pactadas.

En la EM, la LVC dice: “La norma por la que se materializa la transposición adopta el rango de ley por cuanto en ella se establecen preceptos que afectan y modulan el perfeccionamiento, eficacia y ejecución del contrato de viaje combinado, lo que implica que su regulación singularizada incide en los preceptos contractuales generales que se contienen en el Código civil y en el de Comercio. En razón de tal incidencia la presente Ley se dicta al amparo de las competencias reconocidas al Estado por el artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución” (es decir, competencias en Legislación mercantil y Legislación civil).

En el ámbito autonómico, con anterioridad a la LVC, la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, tuvo reflejo en el Decreto 43/1995, de 6 de abril, que aprobó el Reglamento regulador de Agencias de Viajes<sup>47</sup>, por el cual debía regirse la constitución y la actuación de las Agencias de Viajes radicadas en la CAIB.

Dicho Reglamento regulaba el contrato de viaje combinado definiéndolo como: “la combinación previa de, al menos, dos de los elementos siguientes vendidos u ofertados a la venta por un precio global siempre que dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una pernoctación: transporte.

Alojamiento. Otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento que representen una parte significativa del viaje combinado”.

Tras la LVC, en 1997, la CAIB dicta el Decreto 60/1997, de 7 de mayo, *de Reglament de les agències de viatges de la CAIB*, derogando el Decreto 43/1995 y señalando, en la EM, que ello se debe a que la incorporación de la Directiva 90/314/CEE al Derecho español por la Ley estatal 21/1995 “permite proceder a una actualización en aspectos concretos, de acuerdo con las nuevas tendencias del mercado, así como adaptarse a las directrices de la jurisprudencia más reciente”.

Se entiende que las directrices más actuales han sido plasmadas en la LVC, que transpone la Directiva 90/314, con lo cual el Decreto 60/1997 se limita a señalar, en su artículo 15 (Organización, oferta y venta) que: “La organización, oferta y venta de los Viajes Combinados, se realizará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21/1995, de 6 de julio”, es decir, de acuerdo a la ley estatal.

En definitiva, el Decreto 60/1997 deja al margen la regulación civil del contrato de viaje combinado, habiendo podido entrar en ella.

**2.1.2.2.- La Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido<sup>48</sup>**

El Estado español procedió a la transposición de dicha Directiva mediante la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, *sobre derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles y normas tributarias* (LDAT)<sup>49</sup>.

La competencia autonómica en este tema quedó manifiesta en la tramitación de la Ley 42/98, al suprimir la regulación de la “sociedad de servicios”, por entender que dicha regulación correspondía llevarla a cabo a las CCAA por tratarse de una actividad turística<sup>50</sup>.

En el ámbito autonómico, con anterioridad a dicha Ley, el PA de las Illes Balears dictó la Orden n.º 1843, de 15 de enero de 1990, *por la que se someten los establecimientos dedicados a la actividad de timesharing, multipropiedad o tiempo compartido a la normativa que regula los alojamientos hoteleros y extrahoteleros y su explotación*<sup>51</sup>, y, posteriormente, el Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, *que regula determinados aspectos del derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles*, derogando dicha Orden. El Decreto 117/1997 fue desarrollado por la Orden de 26 de septiembre de 1997<sup>52</sup>.

Hay que señalar que, la regulación de la obligación de la prestación de servicios propia de la sociedad de servicio, que la Ley estatal entendió que era materia turística y, por tanto, competencia de las CCAA, sería reconducible, en las Illes Balears, a otro título competencial derivado del artículo 149.1.8 CE y 10.23 EA, en la medida en que no sea objeto de la excepción “en todo caso” (del artículo 149.1.8 CE). A ello se suma el hecho de que, no sólo la cuestión de la “sociedad de servicios”, sino otros aspectos del aprovechamiento por turnos (AT) tienen, además de un enfoque turístico, carácter de materia civil ya que, en la regulación del AT subyace la preocupación por la defensa del adquirente, considerado consumidor.

**2.1.2.3.- La Directiva 89/397/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1989, relativa al control oficial de los productos alimenticios<sup>53</sup>**

Dicha Directiva regula los principios generales para la realización del control oficial de los productos alimenticios (art. 1) y persigue (EM): (1) prevenir los riesgos para la salud de los ciudadanos; (2) proteger los intereses económicos de los ciudadanos y (3) garantizar la transparencia de las transacciones comerciales para facilitar la libre circulación de las mercancías.

Dicha Directiva ha estado presente en dos normas autonómicas:

1.- En primer lugar, hay que decir que los temas de la protección de la salud y de los intereses económicos de los consumidores han sido transpuestos al Ordenamiento autonómico balear<sup>54</sup> por la Ley 1/1998 *de l'Estatut de Consumidors i Usuaris de la CAIB*<sup>55</sup>. Dicha Ley 1/1998 señala que la misma incorpora “las prescripciones de las últimas directivas comunitarias en materia de defensa del consumidor con el fin de hacer efectivas las políticas de protección de los consumidores y usuarios de la Unión europea”.

No obstante, también aclara que no se trata de una ley de materia civil, sino administrativa, en la medida en que señala que “se ha aprovechado la elaboración de la norma para colmar aquellas lagunas que la Ley estatal [se refiere a la LGDCU] contiene especialmente en el campo de la actuación administrativa, que necesitaban de una regulación con rango legal; también se han adecuado determinadas actuaciones administrativas a las prescripciones contenidas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Todo ello, a pesar de recordar que la LO 9/1994, de 24 de marzo, elevó el nivel competencial de la CAIB en materia de “defensa de los consumidores”, de la mera función ejecutiva, en el marco de la legislación estatal, al

desarrollo legislativo de la materia; y que “el ejercicio de esta competencia requiere la regulación de la materia de defensa del consumidor y usuario en el ámbito de nuestra comunidad”.

2.- En segundo lugar, la finalidad de garantizar la transparencia de las transacciones comerciales para facilitar la libre circulación de las mercancías, señalada en la Directiva 89/397, se transpone con la Ley 1/1999, de 17 de marzo, del *Estatuto de los productores e industriales agroalimentarios de las Illes Balears*<sup>56</sup>.

La EM de la Ley deja claro que los productores e industriales no tienen la consideración de consumidores y usuarios según el art. 1.3 LGDCU, lo cual, no obstante, no obstaculiza para que dichos sujetos reciban protección frente a la competencia desleal y al descrédito del producto. Así, coherentemente, la Ley invoca como título competencial el de la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería y, mayoritariamente, regula materia administrativa.

Sin embargo, no deja de haber referencias a cuestiones civiles, por ejemplo: en el art. 5, a la irrenunciabilidad de derechos de acuerdo con la legislación civil; en el art. 13, al “Derecho a reclamar y a la reparación de los daños y perjuicios sufridos”; en el art. 14, al derecho a la información, y, en el artículo 17, al “Valor de la oferta, la promoción y la publicidad”.

**2.1.2.4.- La Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia**<sup>57</sup>

Esta Directiva ha sido transpuesta al Ordenamiento español por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, *de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/EC, de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias*. Así, la Ley 7/1996, de 15 de enero, *de Ordenación del Comercio Minorista* ( LOCM) ha sido modificada y se ha incorporado al ordenamiento español la mencionada Directiva 97/7/CE, cuya materia se hallaba regulada ya en la LOCM en los apartados relativos a “ventas especiales” y “ventas a distancia”.

Dicha Directiva no está mencionada directamente en una norma autonómica, sino que la referencia a la misma es indirecta. Veamos cómo se produce dicha referencia.

En primer lugar, hay que partir de que la Ley 11/2001, de 15 de junio,

*d'Ordenació de l'activitat comercial a les Illes Balears*, señala que la regulación estatal en esta materia, es decir, la Ley 7/1996, de 15 de enero, *de Ordenación del Comercio Minorista*, delimitó el campo de intervención normativa que pueden ocupar las CCAA. La LOCM recuerda que “en este ámbito material se produce un complejo entrecruzamiento de títulos competenciales, tanto estatales como autonómicos, lo cual conlleva que los diversos aspectos de la regulación propuesta deban tener un grado de aplicación diverso” y, en consecuencia, establece su DF única que: “La presente Ley será de aplicación supletoria en defecto de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias en estas materias”.

Por tanto, ya sabemos, en primer lugar, que la CA tiene alguna competencia en la marco de la ordenación del comercio minorista.

En segundo lugar, sabemos que el contenido de esta Directiva que se transpone es, según la EM de la Ley 47/2002, de naturaleza civil y mercantil y, por esto, la Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6 y 8, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las CCAA en materia de comercio interior y de protección de los consumidores y usuarios.

Por tanto, ya hemos encontrado la conexión entre la Directiva 97/7 y la Ley balear 11/2001.

En esta línea, y en tercer lugar, hay que resaltar que, es la propia Ley 11/2001, que dice que la normativa estatal en materia de comercio interior (LOCM) se fundamenta “en la legislación civil y mercantil, recogida en los apartados 6 y 8 del artículo 149.1 CE” y también en el apartado 13, relativo a la competencia para fijar las bases y la coordinación de la planificación general de la economía<sup>58</sup>.

Con todo ello, observamos que, aunque la Ley balear dice que constituye normativa administrativa, no cabe duda de que si la ordenación del comercio minorista (LOCM) tiene aspectos civiles, amparados en el artículo 149.1.8 CE, también la normativa autonómica, en las CCAA con derecho civil propio, puede contener aspectos civiles.

En consecuencia, sería aconsejable que en las Illes Balears, se tuviera en cuenta la competencia en materia de derecho civil al hablar de “comercio interior”. Dicha competencia –en derecho civil– está, como ya es sabido, limitada por la propia CE en la expresión “en todo caso”. Junto con ello, habrá que tener en cuenta que la Ley 47/2002 excluye también la posibilidad de legislar de las CCAA en las cuestiones tratadas en el artículo 38.2 LOCM, que se refiere a empresas de venta a distancia con

ofertas que abarcan el territorio de más de una CA –las cuales deberán inscribirse en un Registro especial a tal efecto–; y las tratadas en el artículo 65.1.ñ) LOCM, que tipifica determinadas conductas como infracciones graves<sup>59</sup>.

Por tanto, las CCAA con competencia en derecho civil pueden, dentro de los límites de la CE, regular el comercio minorista en sus aspectos civiles y transponer dicha directiva.

En el marco de dicha afirmación, no olvidamos la doctrina constitucional expuesta, por ejemplo, en la STC 1986/88, de 1 de julio, entre otras<sup>60</sup>, en relación con la inconstitucionalidad de la Ley 1/1983 del Parlamento de Cataluña, *sobre regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales*, que señala que las CCAA no pueden introducir ni obligaciones ni derechos en el marco de las relaciones contractuales privadas.

La solución está en que esta jurisprudencia debe leerse, en la actualidad, teniendo presente la competencia civil de algunas CCAA y su posibilidad de incorporar directivas comunitarias mediante leyes autonómicas de carácter civil.

Como apunte final a este apartado, debemos señalar que es la directiva el elemento que marca el mínimo homogéneo de todas las regulaciones de transposición (ejemplo: el artículo 4, en relación con la información previa y el artículo 6, con respecto al derecho de resolución, de la Directiva 97/7) y la CE quien señala el límite de la competencia autonómica, recordemos, con la expresión “en todo caso”.

## **2.2.- La participación en el proceso de unificación del derecho contractual en Europa**

El segundo punto para basar la posibilidad de englobar, en el “desarrollo del derecho civil”, la materia hoy tratada, nos lleva al tema de la unificación del Derecho contractual en Europa.

Ya hemos visto, que el Derecho comunitario podría dar al Derecho balear un impulso importante, si el legislador balear ejercitase las competencias reconocidas en la CE y serviría para conocer los ámbitos del Derecho balear posible en materia de Derecho de consumo<sup>61</sup>. Esto, a la vez, podría ser un incentivo para que el legislador balear participase en la elaboración del Derecho europeo.

En la actualidad, hay una tendencia, cada día más palpable, a la armonización del derecho civil, en concreto, del derecho patrimonial o

contractual de los Estados miembros, llegando a un Derecho contractual europeo<sup>62</sup>.

Jurídicamente, puede decirse que el proceso europeo de unificación comienza con la adopción por parte del Parlamento Europeo (PE) de varias resoluciones sobre la posible armonización del Derecho material privado. Así, tanto en 1989<sup>63</sup> como en 1994<sup>64</sup>, el Parlamento Europeo solicitó que se comenzara a estudiar la posibilidad de redactar un Código Europeo Común de Derecho Privado. En estas resoluciones, el PE afirmaba que la unificación de las principales ramas del Derecho privado (derecho civil y derecho mercantil) en forma de un Código Civil Europeo constituiría la manera más eficaz de realizar la armonización, con vistas a cumplir las obligaciones jurídicas de la Comunidad y conseguir un mercado único sin fronteras. A ello se añade que la falta de coordinación entre las directivas sobre Derecho privado actualmente en vigor, el convencimiento de que las semejanzas entre los derechos privados de los Estados miembros son mayores que las diferencias y el éxito del mercado interior son factores que justificarían dicho proceso de unificación<sup>65</sup>.

Posteriormente, la Comisión Europea presentó, el 11 de julio de 2001, la *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo*<sup>66</sup>, en la que plantea cuatro opciones en relación con la configuración del Derecho Contractual Europeo: a) El mantenimiento de la situación existente, dejando que sea el propio mercado el que encuentre soluciones adecuadas; b) la formulación de unos principios comunes de Derecho contractual para fomentar la convergencia de las leyes nacionales; c) la mejora de la calidad de la legislación existente; y d) la adopción de una legislación exhaustiva sobre contratos a nivel comunitario.

En esta misma línea, cabe destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, que sostiene que es indispensable trabajar en la elaboración de unos principios comunes y, al tiempo, en la mejora de la calidad de la normativa comunitaria. El PE afirma también que el resultado de los trabajos a largo plazo, en el año 2010, debe dar lugar a un “*corpus iuris*” de normas de Derecho contractual<sup>67</sup>.

Junto a esta tendencia global de “unificación” del Derecho privado en Europa, discurre en paralelo la tendencia al desarrollo y “codificación” de los Derechos civiles territoriales<sup>68</sup>. La participación en el proceso de armonización o unificación europea se hará desde la diversidad de los distintos Estados miembros, por tanto, la diversidad estatal interna supone la participación plural de todos los derechos civiles nacionales.

Así, señala ESPIAU<sup>69</sup>, respecto del Derecho civil catalán, que éste “reivindica su participación en este proceso: pero quiere hacerlo desde su propia identidad y desde sus propias instituciones, aportando sus soluciones al Derecho europeo y, recíprocamente, tomando de éste los criterios que posibiliten la armonización de los distintos Derechos nacionales. (...) el Derecho europeo, por más que tienda a la unidad, tampoco niega la diversidad”.

Por tanto, si el legislador balear no quiere perder esta posibilidad de participar en el proceso de unificación europeo ha de ir incorporando al ordenamiento jurídico propio, mediante transposiciones, las directivas que, según la distribución competencial interna, afecten a materias que le correspondan. Aquí entra la posibilidad de participar en el camino hacia la unificación, puesto que, puede intentar avanzar hacia la europeización del Derecho privado incorporando principios y orientaciones europeas<sup>70</sup>, a la vez que va elaborando un cuerpo legal flexible que así lo permita<sup>71</sup>.

En resumen, cuanto más rápido se proceda a la codificación de los derechos civiles territoriales en ejercicio de la competencia en el desarrollo del derecho civil propio, más posibilidades se tendrá de participar en el proceso de unificación del Derecho patrimonial europeo<sup>72</sup>.

Finalmente, como ejemplo, podemos decir que, desde esta óptica, sería interesante transponer la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo*<sup>73</sup>, de forma semejante a la transposición hecha por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de *Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*<sup>74</sup>, en la medida en que ésta, en la EM (y en la DF séptima), señala que: “se dicta al amparo de lo establecido en el art. 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, que confieren al Estado competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, procesal y civil”.

Para argumentar a favor de esta posibilidad, podemos acudir, a lo que se ha señalado, a propósito de la Ley 23/2003, con respecto a Navarra: “No se puede aceptar que la competencia legislativa que esgrime el Estado en materia mercantil, efectivamente, tenga la proyección excluyente que pretende para esta modalidad de compraventa; circunstancia que, de ser así, impediría a nuestra Comunidad Foral acometer una regulación de ese contrato de adquisición de bienes de consumo en la línea propuesta por las instancias comunitarias. La propia delimitación que realizan la Directiva y [la Ley], respecto al ámbito de aplicación de la norma, constituye en sí todo un argumento. Piénsese que el destinatario de la venta debe ser un consumidor, un sujeto particular, y el bien mueble corporal adquirido tendrá



que dedicarse necesariamente al consumo privado; en consecuencia, ha de quedar fuera de la actividad comercial (...) hecho que supone adscribir este contrato al ámbito de la compraventa civil. En fin, habrá que pensar que si la obligación de transponer no se ve cumplida, al margen de la eficacia directa que la Directiva comunitaria pudiera desplegar en este campo, cabría derivar una responsabilidad, instada en su caso por la Unión Europea o incluso por los propios ciudadanos, que, en última instancia, recaería en la Comunidad Autónoma infractora”<sup>75</sup>.

Efectivamente, basta recordar que al usar como título competencial el art. 149.1.8ª CE se está abordando materia civil y, por tanto, en este punto, nos sirve la misma argumentación que hemos expuesto en relación con el juego entre la Directiva 97/7/CEE, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, la Ley 7/1996, de 15 de enero, *de Ordenación del Comercio Minorista* y la Ley 11/2001, de 15 de junio, *d’Ordenació de l’activitat comercial a les Illes Balears*.

### **2.3.- Los contornos del Derecho civil balear “posible” en materia de Derecho contractual**

Hemos mencionado que puede haber quienes entiendan que esta materia (consumo y turismo) no se engloba dentro del Derecho civil propio y, por tanto, no puede desarrollarse por parte de la CA, en atención a la competencia en “desarrollo” del Derecho civil. Siendo así, el tercer punto de nuestra argumentación a favor de la posibilidad de englobar, en el “desarrollo del derecho civil”, la materia de consumo y turismo, nos lleva a concluir que, la unificación que se pretende es en materia de Derecho contractual y, en ese ámbito, la competencia de las CCAA puede chocar con la competencia exclusiva o “en todo caso” que, según el artículo 149.1.8 CE, el Estado tiene sobre las “bases de las obligaciones contractuales”.

Recogiendo dicha argumentación, la Comunidad Foral de Navarra, en el recurso que dio lugar a la STC 2003/124, recuerda que ya la STC 264/1993 dijo que: «la regulación autonómica de las diferentes modalidades de venta para proteger los derechos de los consumidores tendente a reequilibrar la posición de éstos en el mercado “debe ceñirse al espacio de las relaciones jurídico-públicas, impidiendo o limitando las prácticas lesivas de los intereses tutelados, pero sin determinar consecuencia alguna en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas ni imponer un contenido contractual determinado pretendidamente acorde con el fin protector perseguido, ya que eso corresponde al acervo competencial del Estado “ex” art. 149.1.6 y 8 CE”»

Y, en atención a tal doctrina, concluye que la CA de Navarra –también,

la tendría la CAIB— tiene competencia en materia de Derecho civil y “sólo constituirán un límite a dicha competencia las normas estatales que fijen las bases de las obligaciones contractuales que, a su vez, formen parte de la unidad constitucional, esto es, reglamentaciones de ámbito estatal aseguradoras de la unidad de mercado”.

Por tanto, el punto de partida será determinar que se entiende por “bases de las obligaciones contractuales” y a ello está dedicando gran labor alguna doctrina catalana, como representantes del Derecho civil territorial (del Estado español) más desarrollado en la actualidad.

La referida doctrina<sup>76</sup> señala, como punto de partida, que lo que significa “bases de las obligaciones contractuales” puede no estar claro, ahora bien, lo que sí está claro es que no son sinónimos los términos “obligaciones contractuales” y “contratos”, de lo cual hay que derivar que no toda la regulación de los contratos puede estar reservada al Estado. La identidad de ambos términos (obligaciones y contratos) se plantea, únicamente, a causa de la confusión que produce el aceptar una concepción restringida de contratos, entendiendo que los mismos, únicamente, son fuente de obligaciones, mientras que, en verdad, crean también derechos reales o legitimaciones posesorias.

Partiendo, por tanto, de esta distinción de conceptos, dicha doctrina<sup>77</sup> analiza el término “bases”, señalando que las mismas no preexisten a la normativa que las ha de regular, es decir, no son preconstitucionales, porque son un concepto desconocido por el Código civil, por lo cual, las mismas deben crearse de acuerdo a la CE (artículo 149.1.8<sup>a</sup>) y ello corresponde al Estado.

En sentido contrario, el TC ha entendido que las “bases de las obligaciones contractuales” constituyen “principios o criterios básicos” que se deducen de la legislación preconstitucional en lo referente a “obligaciones contractuales” (del artículo 1091 Código civil) y como bases se fijaría su eficacia de ley interpartes y su estricto cumplimiento<sup>78</sup>.

En este orden de cosas, habrá que aceptar, siguiendo al TC, que las “bases de las obligaciones contractuales” son un concepto preconstitucional. Siendo así, el mismo habrá que encontrarlo<sup>79</sup> en el Código civil, en concreto, en la Ley de bases de 11 de mayo de 1888. Ésta, al decir que “se acomodarán en la redacción del Código civil a las siguientes bases”, enumera las cuestiones a las que se refieren las bases relativas a las “obligaciones” (Base 19: naturaleza y efectos, modos de extinción y prueba) y al contenido de las mismas (Base 20 y 21), en cuanto recogen “principios o

criterios básicos” de las diferentes instituciones a que se refieren. Por tanto, concluyen<sup>80</sup> que “bases” se refiere a las obligaciones en general y no sólo a las contractuales, «pero la misma generalidad que se las considera posibilita que puedan predicarse también de éstas: las “bases de las obligaciones” son comunes a toda obligación, con independencia de su origen. El carácter “contractual” no califica tanto las “bases” como las “obligaciones”: determina dentro de éstas, aquella categoría de obligaciones respecto de las cuales las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa».

Llegados a este punto, es decir, «presupuesto que las “bases” se refieran a las obligaciones en general, cabe preguntarse<sup>81</sup> qué aporta la idea de “contractualidad” a las “bases de las obligaciones”. Una primera respuesta a la cuestión puede orientarse en torno a la incidencia de la autonomía de la voluntad en este ámbito».

Siendo así, dicha doctrina<sup>82</sup> llega a la conclusión de que «lo que pretende el artículo 149.1.8 es unificar el posible juego de la voluntad de los particulares en la configuración del régimen jurídico de las obligaciones derivadas de los contratos». Y otra posible justificación, puede ser que las “obligaciones contractuales” sean aquéllas cuyo régimen viene determinado por su origen y carácter contractuales, por tanto, esta «idea refiere la categoría a las obligaciones derivadas de los contratos bilaterales, establecidas con carácter de reciprocidad, en la medida en que, en dichas obligaciones, las vicisitudes que afectan a una de ellas, repercuten sobre la otra por razón de la relación de dependencia existente entre ellas».

En definitiva, con dicha argumentación, no puede haber duda de que la competencia legislativa autonómica alcanza (como mínimo) a los contratos en particular (contratos de consumo) y a las obligaciones extracontractuales (es decir, derivadas de la responsabilidad civil extracontractual).

(1) Este trabajo ha sido realizado durante el disfrute de una beca el mes de agosto de 2003, en el CENTRUM FÜR EUROPÄISCHES PRIVATRECHT dirigido por el Dr. Dr. h. c. (H) Reiner Schulze, de la Universidad de Münster. Dicha beca se enmarca en el Proyecto: Research Network «Uniform Terminology for European Private Law» que es parte del programa Improving Human Potential (IHP) financiado por la Comisión europea (Contract n° HPRN-CT-2002-00229).

(2) FERRER VANRELL, *Lecciones de Derecho civil balear*. Materials didàctics, 082, 2003, p. 68.

(3) Aunque no será tratada en este estudio, también hay que tener en cuenta la Ley 5/1997, de 8 de julio, *per la qual es regula la publicitat dinàmica a les Illes Balears*, que tiene como título competencial el artículo 10.31 EAIB (“*publicitat, sense perjudici de les normes dictades per l'Estat per a sectors i mitjans específics, d'acord amb els números 1, 6 i 8 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució*”) –en la actualidad, recogida en el artículo 10.33–.

La EM de esta Ley señala que el carácter de competencia exclusiva del artículo 10.31 no equivale a “absoluta” sino que “*està condicionada per l'àmbit d'intervenció normativa que correspon a l'Estat, d'acord amb la clàusula general de l'article 149.3 de la Constitució, o per l'habilitació específica per dictar normes en sectors o mitjans concrets a l'empara de l'article 149.1, apartat 1 (igualtat bàsica), 6 (legislació mercantil i procesal) i 8 (dret civil)*”.

(4) Competencia materializada por la LO 3/1999, de 8 de enero, de Reforma del Estatuto.

(5) Se ha planteado que el derecho de desistimiento es una cuestión que la Ley de Ordenación del Comercio Minorista excluye de la posibilidad de regulación por parte de las CA, por ser materias civiles. Ver: TUR FAUNDEZ, “La normativa autonómica sobre el Derecho de consumo”. *Curs de dret civil balear*, mayo-junio 2003.

La Ley balear lo regula y lo hace de forma igual que la ley estatal, aunque cabe la pregunta de si sería posible que la regulación balear fuera diferente de la estatal, en atención a que es competencia civil.

(6) Sobre esta cuestión de la naturaleza jurídica, ver: MUNAR BERNAT, *La regulación española de la multipropiedad*. Aranzadi, 1999, p. 67 ss.

(7) A tales efectos, señala la EM III que: “*També es defineix l'usuari de serveis turístics, destinatari de tota l'activitat turística, i, en nom de l'augment en la qualitat de l'oferta que constitueix l'objectiu bàsic de la Llei, se li reconeix un detallat catàleg de drets, l'efectivitat dels quals es basa en el règim d'inspecció i disciplinari articulat en els títols III i IV*”.

(8) Se trata de: “*administracions, organismes i empreses públiques que exerceixen la seva activitat en matèria de turisme, les empreses i les professions turístiques i qualsevol altre empresa o activitat que es relacioni amb el turisme*”.

(9) Se ha dicho que este deber podría suponer un perjuicio para el consumidor balear, por ser limitativo del artículo 1526 Código civil, que concede dicha facultad a todo titular de un derecho de crédito. Se ha apuntado que para salvaguardar los derechos del consumidor en este punto, habría que aplicar el artículo 8 del *Estatut de Consumidors* que indica que, en caso de duda hay que aplicar la norma más favorable. Ver: TUR FAUNDEZ, “La normativa autonómica

sobre el Derecho de consumo”. *Curs de dret civil balear*, mayo-junio 2003.

(10) SSTC 235/1999; 45/2001; 95/2001; 95/1986; 213/1994; 21/1999; 186/1988; 133/1997; 112/1995; 21/1999; 13/1992 y 75/1989.

(11) Ver: MARTIN CASALS/ RIBOT IGUALADA/ BECH SERRAT, “El contracte de viatge combinat”. *XI Jornades de Dret català a Tossa*, setembre 2000. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 307-309.

(12) Así, y en relación a una obligación del empresario de proporcionar al consumidor una información veraz, recogido en el Estatuto de Consumidores del País Vasco, señala la STC 1982/71 que excede del ámbito competencial autonómico (“defensa de los consumidores”), “(...) si se le da generalidad aplicándolo a toda la contratación. La introducción en el derecho obligacional de una obligación con tal extensión tendrá que hacerse mediante normas civiles, de la competencia estatal (artículo 149.1.8 CE). Se trata con esta idea de destacar que una configuración del deber de información, con un carácter que excede de lo sectorial, y que pueda significar una modificación en el derecho contractual, tendrá que hacerse por el legislador estatal”.

(13) En opinión de TUR FAUNDEZ, “La normativa autonómica sobre el Derecho de consumo”. *Curs de dret civil balear*, mayo-junio 2003, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados IB y la Asociación española de abogados de familia.

(14) TUR FAUNDEZ, “La normativa autonómica sobre el Derecho de consumo”. *Curs de dret civil balear*, mayo-junio 2003, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados IB y la Asociación española de abogados de familia.

(15) Al respecto, hay que llamar la atención de que la competencia en “comercio interior” no es exclusiva del Estado, ya que el art. 11.38 EAIB la recoge como competencia exclusiva de la CA.

(16) FERRER VANRELL, *Lecciones de Derecho civil balear*. Materials didàctics, 082, 2003, p. 80-81.

(17) Ver: TUR FAUNDEZ, “La normativa autonómica sobre el Derecho de consumo”. *Curs de dret civil balear*, mayo-junio 2003, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados IB y la Asociación española de abogados de familia. Dice la autora que “la vecindad civil es la que determina la aplicación del Derecho civil balear, y por lo tanto del Estatuto de consumidores (en materia civil)”.

(18) FERRER VANRELL, *Lecciones de Derecho civil balear*. Materials didàctics, 082, 2003, p. 80-81.

(19) A dicha conclusión llega: TUR FAUNDEZ, “La normativa autonómica sobre el Derecho de consumo”. *Curs de dret civil balear*, mayo-junio 2003, organizado por el Ilustre Colegio de

Abogados IB y la Asociación española de abogados de familia. La autora se basa en la doctrina de la “balearización” sostenida en: FERRER VANRELL, “Las fuentes del Derecho civil balear: artículo 1 de la Compilación del Derecho civil de Baleares”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1918, 2002, p. 1833-1834.

(20) FERRER VANRELL, *Lecciones de Derecho civil balear*. Materials didàctics, 082, 2003, p. 81.

(21) Dice la STC 1986/88, de 1 de julio que: “La defensa del consumidor aparece así como un principio rector de la política social y económica cuya garantía la Constitución impone a los poderes públicos”.

(22) Al respecto, ver: SANCHEZ GONZALEZ, Paz, “Distorsiones operadas en el derecho contractual como consecuencia de la transposición del derecho comunitario pro consumatore”. *Actualidad civil*, n.º 35, septiembre 2003.

(23) Ver al respecto: COCA PAYERAS, Miguel, “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, págs. 163-170; y BADOSA COLL (coord), *Compendi de Dret civil català*. Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 60-61.

(24) Doctrina vertida en la STC 88/1993, de 12 de marzo, sobre la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos. Ver al respecto: COCA PAYERAS, “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)”, p. 167.

(25) Ver doctrina al respecto: COCA PAYERAS, “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)”, p. 168; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán”. *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1980, p. 45; y “Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”. *Iuris, Quaderns de política jurídica* I, 1994, p. 37-76; SEBASTIAN LORENTE, Jesús, “El desarrollo del Derecho foral según el Tribunal Constitucional”. *Actualidad y Derecho*, n.º. XX, 1993-I, p. 149-151.

(26) Ver: FERRER VANRELL, *Lecciones de Derecho civil balear*, 2003, p. 56, siguiendo a BADOSA COLL, “La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les CCAA en Dret civil”. *Iuris, Quaderns de política jurídica*, n.º 1, 1994, p. 4, y a DELGADO ECHEVERRÍA, “La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán”, p. 40.

(27) FERRER VANRELL, *Lecciones de Derecho civil balear*, 2003, p. 56.

(28) Ver en este sentido, la STC 62/1991, de 22 de marzo, sobre recurso de inconstitucionalidad contra la ley gallega de defensa de consumidores y usuarios, que niega que establecer un sistema general de arbitraje de consumo sea materia atribuida al Estado por el artículo 149.1.5 y 6 CE. Asimismo, la STC 15/1989, de 26 de enero, que resuelve los recursos de

inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la LGDCU 26/1984. También interesa el RI contra la Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, con base en que “las formas del matrimonio” del artículo 149.1.8 CE se refieren a “no sólo las formas actualmente reconocidas de constitución del matrimonio, sino a cualquier regulación paralela, complementaria o sustitutiva que recaiga sobre la misma materia: la configuración de la regulación conyugal y la regulación de su contenido”.

(29) FERRER VANRELL, *Lecciones de Derecho civil balear*, 2003, p. 56. Citando a: BADOSA, “La recent jurisprudencia constitucional sobre les competències de les CCAA en Dret civil”, p. 7.

(30) Al respecto y en general ver: MARCO MOLINA, Juana, “La incorporación de Directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán. La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas”. *La Notaria*, n.º 11-12, noviembre-diciembre, 2001, vol. II, págs. 15-23; y DIEZ-PICAZO, Luis María, “La transposición de las directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas”. *X Jornades de Dret català a Tossa*. Ed. Tirant lo blanc, 2000.

(31) Así lo ha definido MANGAS MARTIN, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, Ed. Tecnos, 2ª edición, 1987, p. 295.

(32) Sentencia de 15 de diciembre de 1971, as. ac. 51 a 54/71 (*International Fruit Company*), Rec. 1971, p. 1107, en p. 1116 (FJ 4).

(33) Ver entre otras: sentencia de 25 de mayo de 1982, as. 97/81 (*Comisión c. Holanda*), Rec. 1982, p. 1819, en p. 1833 (FJ 12); sentencia de 10 de diciembre de 1980, as. 140/78 (*Comisión c. Italia*), Rec. 1980, p. 3687, en p. 3699 (FJ 10) o sentencia de 21 de junio de 1979, as. 240/78 (*Atalanta*), Rec. 1979, p. 2137, en p. 2148 (FJ 5).

También ver: MANGAS MARTIN, “La ejecución del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en: *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, 1991, pp. 181-198.

(34) Conflicto positivo de competencia 1076/1986 promovido por la Generalitat de Catalunya en relación con diversos preceptos de la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 23 de mayo de 1981, que aprobó el Reglamento General Técnico de Control y Certificación de Semillas y Plantas de Vivero (BOE de 19 de junio de 1991). En línea con esta sentencia, SORIANO GARCIA ha señalado que: “el Estado no puede pretender utilizar su poder exterior para provocar una alteración consciente y buscada del reparto constitucional de competencias” (en: *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*. Tecnos, 1990, p. 218).

(35) Conflictos positivos de competencias n.º 44/1986, 48/1986, 50/1986, 64/1986 y 1602/1988 (acum.), BOE de 15 de enero de 1992. En línea con esta sentencia, señala MANGAS MARTIN que “la aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas vendría determinado por el grado de competencia material respetándose así la distribución de competencias (materiales) entre la Comunidad Autónoma y el Estado establecidas en cada Estatuto de autonomía” (en: *Derecho Comunitario y Derecho Español*. Tecnos, 2ª edición, 1987, p. 260).

(36) Ver en general: CASANOVAS Y LA ROSA, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en la aplicación del Derecho Comunitario Europeo”. *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 16, n.º 3, 1989, p. 767-787.

(37) Porque, según dispone el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea, ésta “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

(38) SANCHEZ DIAZ, *La aplicación por las Comunidades Autónomas del Derecho de la Comunidad Europea*. Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, 1987, p. 27.

(39) Conflictos positivos de competencia n.º 1081/1986, 134/1987, 168/1987, 805/1987, 1111/1987, 1113/1987, 1329/1987, 333/1988, 1171/1988, 1759/1988, 1891/1988, 125/1989 y 1692/1989 –acumulados–, BOE de 16 de junio de 1992.

(40) Sobre el principio de supletoriedad ver: GARCIA DE ENTERRIA, “Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 95, 1997, p. 407-416; LEGUINA VILLA, “El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal”. *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2, 1997, p. 9-24.

(41) Una solución en sentido contrario supondría una alteración de las competencias conferidas a los distintos entes territoriales y ello en la medida en que se haría responsable al Estado cuando éste carece de la competencia para actuar y cuando el que realmente causó el perjuicio cuya indemnización se pretende fue otro sujeto de Derecho interno distinto del Estado.

En el caso español, la demanda de indemnización derivada del incumplimiento del Derecho comunitario se deberá dirigir contra el ente subestatal que, conforme a la distribución de competencias operada por la CE, sea competente para dar cumplimiento a las obligaciones de naturaleza comunitaria.

Ver: STC 79/1992, de 28 de mayo (Conflicto de competencia del Gobierno Vasco, la Generalitat de Catalunya y el Gobierno de la Nación – BOE n.º 144, de 16 de junio de 1992).

(42) La posibilidad de presentar la demanda de indemnización ante el ente que ha incumplido con las obligaciones derivadas del Derecho comunitario no es más que un corolario del principio de autonomía procedimental. En este sentido, se ha observado que una aplicación análoga de la jurisprudencia comunitaria sobre la invocabilidad vertical de las directivas (que permite alegar un derecho contenido en una directiva frente al Estado, sus órganos, entes o empresas que forman parte del mismo), así como justificaciones de economía procedimental y de protección judicial efectiva permitirían presentar una demanda de indemnización directamente ante el ente autor de la infracción. Ver: ORDÓÑEZ SOLIS, “Responsabilidad del Estado, Comunidades Autónomas y Derecho Comunitario Europeo”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 6, 1999, p. 68.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia contiene algún ejemplo en el que éste reconoce de forma expresa que los entes subestatales, y no el Estado, podrán responder pecuniariamente de los perjuicios derivados de una conducta que implique una violación del



Derecho comunitario, si así lo prevé el propio ordenamiento interno. Las palabras del Tribunal de Justicia resultan especialmente elocuentes al señalar que “(...) en los Estados miembros de estructura federal, la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal para que se cumplan las obligaciones comunitarias del Estado miembro de que se trata”. Ver: Sentencia de 1 de junio de 1999, as C-302/97 (Konle c. República de Austria), Rec. 1999, p. I-3099, en p. I-3140 (FJ 64).

El razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia resulta del todo lógico, pues, si bien en la esfera de las relaciones ad extra será el Estado como tal el que responda de un incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un tratado internacional, ad intra, esto es, respecto de los sujetos que han sufrido un perjuicio imputable a un sujeto que ostentaba materialmente la competencia para actuar, parece más conveniente que el perjudicado se dirija contra el ente responsable material del incumplimiento y no contra el Estado.

Datos obtenidos de: JANER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*. Tirant monografías, 229, 2002, p. 189-194.

(43) Ver: REMIRO BROTONS, “La responsabilidad por incumplimiento de las Comunidades Autónomas. Posibles soluciones”, en: *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, 1991, pp. 209-218.

(44) Lo dice, en relación con Catalunya: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”. *Derecho privado y Constitución*, n.º 14, 2000, p. 81-82.

(45) DOCE n.º L 158, de 23 de junio de 1990.

(46) Un estudio reciente sobre la LVC en: TORRES LANA, TUR FAUNDEZ, JANER TORRENS, *La protección del turista como consumidor*. Tirant lo blanch, “colección privado”, n.º 65, 2003, p. 125-171.

(47) BOCAIB n.º 61, de 13 de mayo. Con dicho Decreto se derogó el Decreto 9/1988, de 11 de febrero, por el cual se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viaje.

Por el RD 3.401/1983, de 23 de noviembre, *de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de Turismo a la CAIB* y el Decreto 63/1984, de 9 de agosto, *de asunción y distribución de competencias transferidas por el Estado en materia de Turismo* asume la CA: “la ejecución de la legislación del Estado en materia de agencias de viaje cuando éstas tengan su sede en Baleares y operen fuera de su ámbito territorial. A estos efectos se entiende que una agencia de viajes opera fuera del territorio de la Comunidad Autónoma cuando programa, organiza o recibe servicios combinados o viajes “a forfait” para su ofrecimiento y venta al público a través de agencias o sucursales no radicadas en Baleares”. A su vez, la CAIB, por la Ley 3/1996, de 29 de noviembre, atribuyó competencias a los Consells insulars de Menorca y de Eivissa y Formentera en materia de ordenación turística. En Mallorca, las competencias las tiene el Gobierno de la CAIB.

El Estado se reservó: “la legislación en materia de agencias de viajes que operen fuera del ámbito territorial de la CA de su sede (...) así como la legislación en materia de prestación de

servicios turísticos por las mismas en la referida circunstancia”. Ver: BOE de 8 de febrero de 1984.

(48) DOCE n° L 280, de 29 de octubre de 1994.

(49) Ver al respecto: MUNAR BERNAT, Pedro, “La Directiva 94/47 sobre protección de los adquirentes de multipropiedad. Análisis de sus aspectos más relevantes”. *Gaceta jurídica de la CE y de la Competencia*. Noviembre-diciembre, 1994.

(50) También, el Consejo de Estado entendió que la competencia estatal era de legislación básica y las CCAA la podían desarrollar.

En opinión de MUNAR BERNAT (“La multipropiedad: análisis de su regulación legal y estudio de la jurisprudencia menor relativa al fenómeno”. *Desenes Jornades de Dret català a Tossa*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 367), cabe plantearse si “su falta de regulación general en todo el territorio pone en peligro la adecuada protección de los intereses de los adquirentes”.

(51) BOCAIB n.º 23, de 20 de febrero de 1990.

(52) BOCAIB n.º 123, de 2 de octubre de 1997. También ver: *Resolución conjunta de los Consellers de Turismo y de Sanidad y Consumo por la cual se ordena la publicación en el BOCAIB, del Convenio de colaboración entre el Gobierno de la Comunidad Autónoma y la Asociación Balear de Empresarios de Tiempo Compartido, para la defensa del consumidor y aplicación de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de día 26 de Octubre de 1994, referente a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*.

(53) DOCE n.º L 186, de 30 de junio de 1989.

(54) Al Ordenamiento jurídico español se incorporan mediante la LGDCU 26/1984, de 19 de julio y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

(55) Así lo indica la EM de la Ley 1/1999, de 17 de marzo, del *Estatuto de los productores e industriales agroalimentarios de las Illes Balears*.

(56) BOCAIB n.º 38, de 25 de marzo de 1999.

(57) DOCE n° L 144, de 4 de junio de 1998. Modificada por la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE* –DOCE n.º L 271, de 9/10/2002–.

(58) Con respecto a este punto 13, la STC 124/2003 ha señalado que corresponde al Estado “no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional, y por ello tiene atribuidas las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquier Comunidad Autónoma. Por ello, la competencia ejecutiva que en materia de defensa de la competencia cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior, se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario”.

(59) El artículo dice: “El incumplimiento de las obligaciones que la regulación de las ventas a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor; de los plazos de ejecución y de devolución de cantidades abonadas; el envío con pretensión de cobro de artículos no solicitados por el consumidor, y el uso de técnicas de comunicación que requieran consentimiento previo o falta de oposición del consumidor, cuando no concurra la circunstancia correspondiente”.

(60) SSTC 2003/124, de 19 de junio; 62/1991, de 22 de marzo; 228/1993, de 9 de julio.

(61) En relación con el Derecho catalán, lo dice: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”. *Derecho privado y Constitución*, n.º 14, 2000, p. 104.

(62) La primera muestra de la tendencia hacia la unificación del Derecho privado es la Convención de Roma de 19 de junio de 1980 *sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. En segundo lugar, también lo es la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, de Viena, de 1980 (CISG o CV) –BOE el 30 de enero de 1991– y la formación de grupos de trabajos como UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) que esbozaron los “Principios de los contratos mercantiles internacionales” (*Principles of International Commercial Contracts*) en 1994, los cuales, no obstante, no se limitan al ámbito de la UE. Asimismo, los *Principles of European Contract Law* (PECL) son el resultado de una más de las diferentes propuestas para la unificación del Derecho privado en Europa.

(63) DOCE n° C 158, de 26 de junio de 1989, p. 400.

(64) DOCE n° C 205, de 25 de julio de 1994, p. 518.

(65) “El futur del dret privat a la Unió Europea”, *Comentari editorial, Revista Jurídica de Catalunya*, n° 1, 2002, p. 6.

(66) COM (2001) 398 final, de 11 de julio de 2001.

(67) En el *Plan de Acción de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo para llegar a un Derecho contractual europeo más coherente de 12 de febrero de 2003*, se señala que de las

opciones que ofrecía la *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo*, las que más acogida han tenido en relación con el Derecho europeo han sido la opción II, es decir, el fomento de la elaboración, mediante investigaciones conjuntas de principios comunes de Derecho contractual europeo, y la opción III que proponía mejorar la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho contractual –DOCE 15.3.03, C 63/01–.

(68) La “unificación” persigue y presupone la existencia de distintos derechos que pretende armonizar, mientras que la codificación parte de un derecho único que se pretende sistematizar en un texto legal único. Ver: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 65.

(69) ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 75.

(70) Con respecto al derecho civil catalán, se dice que se podría legislar en materia de obligaciones y contratos, a excepción de en las “bases de las obligaciones contractuales”, siguiendo las líneas de los *Principles of European Contract Law* (ver nota 61). Los PECL brindan la posibilidad al legislador catalán de promulgar una “Ley sobre contrato” que no sólo sirva para desarrollar el derecho propio, sino para que lo haga de acuerdo con los mismos principios que inspiran el proceso de la unificación contractual europea. Ver: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”. *Derecho privado y Constitución*, n.º 14, 2000, p. 107 y 117.

(71) En lugar de transponer directivas a través de leyes especiales, como hace el Estado español, lo cual lleva a una situación de gran complejidad normativa, señala la doctrina catalana que un Código civil catalán puede suponer “*el lloc idoni on anar sistematitzant les modificacions del nostre Dret sempre que calgui i un bon vehicle per a permetre el seu desenvolupament progressiu. Per poder assolir aquests objectius, cal que el codi tingui capacitat no només d’acollir el Dret que ja tenim sinó que pugui créixer fàcilment amb el que tindrem. No obstant, como succeeix en els països del nostre entorn europeu, consolidar el propi Dret, fer o refer el propi codi, no és anar en contra d’aquest procés d’aproximació i harmonització que, com s’ha vist, tendeix a la unificació*”. El legislador autonómico “*pot aspirar legítimament a inserir-se en aquest procés de convergència, a adoptar d’ell allò que en cada moment li sembli millor per a la societat (...) i a aportar-hi, des de la cultura jurídica pròpia, tot allò que bonament pugui*”. Ver: MARTIN CASALS, Miquel, “El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del Dret privat europeu”. *Revista jurídica de Catalunya*, 2002-3, p. 653 y 655.

(72) En relación con el Derecho civil catalán, se dice que su codificación “no debe desconocer los principios que inspiran la unificación del Derecho europeo (...) en cuanto ordenamiento jurídico consolidado, el Derecho catalán cumple los requisitos necesarios para participar en ese proceso de unificación y aportar criterios y soluciones que contribuyan a afianzarlo”. Ver: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 66.

(73) DOCE n.º L 171, de 7 de julio de 1999.

(74) BOE núm. 165, de 11 de julio de 2003. Sobre su contenido y elaboración ver: GARCIA

RUBIO, Maria Paz, “La transposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del Proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo”. La Ley, año XXIV, n.º 5747, de 26 de marzo de 2003.

(75) RUBIO TORRANO, “La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”. Tribuna. *Aranzadi civil*, n.º 10, septiembre 2003. Citanto a EGUSQUIZA BALSAMEDA.

(76) Reproducimos, en parte, a: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 84.

(77) BADOSA COLL, “La sistemàtica d’un Codi de Dret Patrimonial de Catalunya”. *XII Jornades de Dret català a Tossa*, 2002.

(78) Siguiendo a: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 85, nota 73. Las sentencias del TC aludidas son: 32/1981, de 28 de julio; 1/1982, de 26 de enero; 56/1982, de 27 de julio; 111/1986, de 30 de septiembre; y 48/1988, de 22 de marzo.

(79) Cfr. ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 86 y nota 78, citando a BADOSA.

(80) Seguimos en todo a: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 87.

(81) ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 88.

(82) En todo ver: ESPIAU ESPIAU, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, p. 88.



# **“EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL EN MATERIA DE DERECHO PRIVATIVO”**

**ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMÉNEZ**

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia

## **SUMARIO**

1. Introducción
2. La disposición final decimosexta de la LEC 2000
3. La delimitación objetiva entre casación y recurso por infracción procesal
4. La competencia para conocer del recurso de casación civil en materia de derecho privativo
5. La denuncia de infracción de precepto constitucional como factor que altera la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia
6. El motivo único de casación
7. Resoluciones recurribles en casación
8. Los supuestos de recurribilidad en casación
9. Los supuestos de recurribilidad en la casación civil autonómica
10. La preparación del recurso de casación
11. Interposición del recurso
12. Remisión de las actuaciones
13. La fase de admisión
14. Decisión sobre la competencia en trámite de admisión

- 15. Oposición de los recurridos
- 16. Votación y fallo. Vista
- 17. Sentencia



## **Introducción**

La regulación de los recursos extraordinarios se cuenta entre las novedades más importantes, originales y llamativas de la LEC de 2000 y constituye, junto al robustecimiento decidido del principio de inmediación judicial, el proceso monitorio y la ejecución provisional de las sentencias sin necesidad de fianza, una de las de enjundia mayor. La Ley, en efecto, distribuye el contenido propio del anterior recurso de casación en dos instrumentos de impugnación distintos: el de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal. El cometido del primero, –y empleo deliberadamente en la descripción los términos más neutros y descomprometidos–, consiste en controlar las normas aplicadas por los tribunales de instancia para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1). Al segundo se le reserva el papel de remediar la vulneración de las normas a que se refiere el art. 469.1.

En su versión genuina la ordenación de estos recursos incluía dos peculiaridades notables. De un lado, que el conocimiento de cada uno se confiaba a órganos judiciales diferentes: el de infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468). El de casación, al Tribunal Supremo y, en su caso, a los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas dotadas de competencia normativa en materia civil (art. 478.1). Y, de otro, la polémica medida de que se forzaba al recurrente a elegir entre utilizar uno u otro recurso, con el peligro de que, de escoger el recurso por infracción procesal y fracasar, perdía definitivamente la oportunidad de promover la revisión de la decisión judicial de fondo (arts. 466 y 476.4).

Cuando se difundió en su día el proyecto legislativo, esta configuración legal de los recursos extraordinarios civiles hizo pensar que conllevaría un sensible incremento en el volumen de asuntos que llegan a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Baleares. No sólo gracias a la

atribución del nuevo recurso por infracción procesal. También en lo relativo a los recursos de casación. Los entablados antes de la entrada en vigor de la nueva LEC fueron muy escasos. La culpa ha de buscarse, con certeza, en que el acceso a la casación autonómica se encontraba sometida a los sumamente restringidos criterios de recurribilidad que el art. 1.687 de la LEC de 1881 fijaba con carácter general, sí, aunque con el pensamiento puesto realmente en la casación común con el confesado designio de aliviar la carga laboral que asume el tribunal de casación por antonomasia, el Tribunal Supremo; criterios que, empero, resultaban inadecuados y un verdadero obstáculo para la creación de jurisprudencia en el campo de los ordenamientos civiles privativos, de objeto siempre parcial en mayor o menor grado y de eficacia geográfica limitada a territorios con un número de órganos judiciales reducido.

El escollo lo sorteó Galicia por medio de la Ley 11/1993, de 15 de julio, de dicha Comunidad Autónoma, cuyo art. 1 a) permite interponer el recurso de casación cualquiera que sea la cuantía litigiosa; Ley, por cierto, cuyos aspectos capitales han sido declarados acordes con la Constitución por la STC 47/2004, de 25 de marzo. Y parece que también debería haber desaparecido en Baleares con la redacción del art. 477.3 de la LEC de 2000, el cual instituye para la casación competencia de los Tribunales Superiores unos supuestos de recurribilidad específicos y mucho más abiertos que los de la casación común. La realidad, sin embargo, ha desmentido estas expectativas, y los recursos que han tenido entrada en el Tribunal a cuatro años vista de la entrada en vigor de la LEC siguen siendo contados. Puede que, en parte, porque aún se desconocen las diferencias de regulación entre uno y otro recurso, el ordinario y el autonómico. Sin duda, también, por la influencia negativa que ejerce la interpretación, marcadamente restrictiva y, para algunos, hasta “contra legem”, que la Sala 1ª del Tribunal Supremo viene haciendo de las normas sobre admisión del recurso de casación común, desarrollando las pautas marcadas en la harto conocida junta general celebrada por los magistrados de dicho órgano el 12 de diciembre de 2000. Conviene adelantar, no obstante, que las líneas interpretativas adoptadas por el Tribunal Supremo en este punto no vinculan a los Tribunales Superiores de Justicia. Así lo destaca la sentencia del de Baleares de 20 de diciembre de 2001. Cuando actúa como tribunal de casación el Tribunal Superior goza de soberanía plena en orden a determinar el sentido y recto alcance de los preceptos que disciplinan la viabilidad procesal y tramitación de los recursos que se le plantean. Esto mismo aprecian y mantienen los Tribunales Superiores de Navarra (SS. 6 de junio, 23 de octubre y 2 de

noviembre de 2002 y 2 de marzo de 2004) y Cataluña (S. 1 de diciembre de 2003). En su sentencia de 2 de marzo de 2004 el primero de ellos advierte con toda razón que *“aun sin desconocer el valor de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación de las normas sustantivas comunes y procesales, (esta Sala) no puede dejar de afirmar la plenitud de su soberanía y competencia no sólo en la exégesis de las disposiciones del Derecho civil propio de su Comunidad, de que es último intérprete, sino también en la de las normas reguladoras del recurso de casación civil foral de que conoce con exclusión de cualquier instancia jurisdiccional superior o ulterior”*.

### **La disposición final decimosexta de la LEC 2000**

El plan primitivo de la LEC, sin embargo, no se llevó a la práctica. La causa es sabida: el rechazo por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 23 de septiembre de 1999, del proyecto de reforma del art. 73 de la LOPJ, que acompañaba al proyecto de la LEC y cuya aprobación resultaba imprescindible para hacer efectiva la asignación del recurso por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia.

La explicación técnica del fracaso no ofrece dificultad. El art. 122.1 de la Constitución impone la forma de orgánica para la ley que regule “la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera... y del personal al servicio de la Administración de Justicia”. Por tanto, determinar la competencia objetiva y funcional de los distintos órganos jurisdiccionales es tarea que pertenece al núcleo de cuestiones que forzosamente han de ser contempladas por la Ley Orgánica a que alude dicho precepto constitucional. La finalidad característica de la LOPJ radica en diseñar la organización de los órganos del Estado dotados de potestad jurisdiccional; y esta organización de los tribunales, como dice SERRANO ALBERCA citando a CALAMANDREI, encierra dos apartados: el interno, relativo a la composición de cada órgano judicial, y el externo, que comprende sus atribuciones y competencias respectivas. La creación o establecimiento de los órganos judiciales quedaría incompleta si no se precisara, al tiempo, el cuerpo de asuntos del que tendrán que conocer y los cometidos que habrán de desempeñar dentro del organigrama de la Administración de Justicia. La asignación de competencias es, pues, aspecto inherente e inseparable de la organización judicial. Por ello, y como afirma MONTERO AROCA, es función

lógica de la LOPJ la de fijar la competencia de todos los órganos judiciales que crea.

La ley ordinaria, –y tal es el rango de la LEC–, no puede, pues, sin invadir la reserva de ley orgánica ni, por ende, incurrir en inconstitucionalidad, conferir el conocimiento de un determinado recurso a una concreta categoría de órganos jurisdiccionales sin la previa existencia de una disposición legal orgánica que la habilite. La mayoría parlamentaria simple carece de facultades para conceder lo que la mayoría absoluta no autoriza. Como salas de lo civil, los Tribunales Superiores sólo pueden conocer de los asuntos expresamente enunciados en los apartados 1 y 2 del art. 73 de la LOPJ. En ese elenco no figura el recurso por infracción procesal, y el precepto tampoco deja abierta la posibilidad, –que, en cambio, el art. 56.1 sí previene en favor del Tribunal Supremo–, de que aquéllos conozcan de otros futuros recursos extraordinarios en materia civil distintos de los de casación y revisión, en su caso. La entrada en vigor del art. 468, por consiguiente, hoy por hoy resulta jurídicamente inviable.

A dar salida a esa situación de bloqueo vino la actual disposición final decimosexta de la LEC, que se improvisó y se introdujo en el proyecto legislativo durante su paso por el Senado. La mala factura de la disposición comienza por su epígrafe, donde califica de “transitorio” el régimen en materia de recursos extraordinarios que implanta, cuando en puridad debería denominarlo “provisional”. El apelativo de “transitorio”, en efecto, caracteriza –y debería limitarse a– las normas que disciplinan los problemas que ocasiona la sucesión de normas positivas en el tiempo. La provisionalidad, de otra parte, es de temer que se torne en duración indefinida; prolongación “sine die” de lo pensado como fugaz de la que nuestro ordenamiento ofrece ejemplos históricos prestigiosos. Recuérdesse entre ellos, sin salir de esta misma parcela, que el proclamado carácter provisional de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870 no fue obstáculo para que dicha Ley haya sido durante más de un siglo el cuerpo regulador de la organización judicial hasta la aprobación de la actual LOPJ, el 1 de julio de 1985. El interés en adaptar el art. 73 de la LOPJ al diseño de la LEC que mostraron los rectores del área de política jurídica del anterior Gobierno, pese a la mayoría absoluta en las cámaras legislativas de que gozó el Partido Popular en la última legislatura, fue nulo, en contraste con las múltiples modificaciones que propiciaron en otras parcelas del citado Texto Legal. Así las cosas, y si se pone atención en la hostilidad que la LEC levanta en sectores doctrinales de peso y en la resistencia que opone el Tribunal

Supremo, organismo de influencia palpable, frente a cualquier medida que signifique recorte o disminución de sus competencias clásicas, no parece aventurado pronosticarle a la versión originaria del sistema de recursos extraordinarios instaurado por la LEC 2000 un futuro reducido al pobre papel de mera curiosidad científica o simple anécdota.

Los rasgos maestros del régimen provisional de estos recursos que establece la disposición final decimosexta pueden sintetizarse del siguiente modo:

- a) la competencia para conocer del recurso por infracción procesal se confiere, en principio, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo;
- b) sólo cabe interponer dicho recurso contra sentencias, no contra autos;
- c) el recurso por infracción procesal cabe únicamente contra sentencias susceptibles de recurso de casación;
- d) si se ejercitan los dos recursos, la tramitación de ambos es conjunta y se resuelven en la misma sentencia, aunque el de por infracción procesal es de examen preferente.

La disposición final decimosexta solventa mal, en cambio, el problema de la denuncia de infracciones procesales en los litigios cuyo control en casación corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia por versar sobre cuestiones pertenecientes a la esfera del derecho civil privativo de la respectiva Comunidad Autónoma.

Interpretada a la luz de los criterios gramatical y lógico, la mentada disposición final parece dar por sentado que el vehículo para denunciar el quebranto de forma en estos casos consiste en interponer el recurso por infracción procesal ante los dichos Tribunales Superiores. Tal conclusión se infiere, por de pronto, de que alude a la intervención de estos Tribunales en la regla primera de las que dicta respecto de “la preparación, interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal”. El apartado segundo de la disposición final, de su lado, comienza su párrafo primero refiriéndose a la situación de falta de competencia de los Tribunales Superiores para conocer del recurso extraordinario “con carácter general”, dando a entender con ello que hay tribunales singulares de esa clase que sí la tienen. En cuanto al párrafo segundo, prevé que se remitan los autos para resolver el recurso por infracción procesal a la “Sala que sea competente para conocer del recurso de casación”, que, como se sabe, puede

pertenecer al Tribunal Supremo o a determinados Tribunales Superiores de Justicia.

La presuposición de competencia se manifiesta con más claridad todavía en el inciso que cierra el primer párrafo de este mismo apartado. Dicho inciso reitera la regla que excluye la aplicación del art. 476.2 de la LEC “en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2º del apartado primero del art. 469 o en vulneraciones del art. 24 de la Constitución que únicamente afectaren a la sentencia recurrida”. La norma ya la dicta la regla séptima del apartado primero de la disposición final a propósito de los recursos que corresponden al Tribunal Supremo. Que el apartado segundo sienta la necesidad de repetirla sólo puede obedecer a que el legislador estima que hay otros tribunales también capacitados funcionalmente para conocer de este recurso extraordinario: obviamente, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores con atribuciones en materia de casación.

Ahora bien, en las previsiones del art. 73.1 de la LOPJ los Tribunales Superiores de Justicia no tienen reconocida potestad para resolver otros recursos extraordinarios en materia civil que los de casación y revisión, y sólo éstos. Si la LEC de 2000 ha optado por desgajar del contenido del recurso de casación precedente toda la parte relativa al control de la normativa de naturaleza procesal a fin de convertirla en objeto de un recurso extraordinario separado y distinto, no es factible estimar que algunos Tribunales Superiores se encuentran orgánicamente capacitados para conocer de este nuevo recurso, de manera automática, por el simple hecho de que decidían la casación en su antigua configuración omnicomprendiva: quebrantamientos de forma e infracción de ley. Sin embargo y como se ha visto, la disposición final decimosexta piensa que el conocimiento del recurso por infracción procesal incumbe también a los Tribunales Superiores de casación, a pesar de que no existe norma legal de rango orgánico que lo establezca. La constitucionalidad de la citada disposición final levanta, pues, en este concreto aspecto, fundada incertidumbre y no han dejado de resaltarlo autores como ALMAGRO NOSETTE.

Cabe no obstante orillar la dificultad, seria y trascendente dificultad, buscando una interpretación alternativa de la disposición final que se comenta. Una que, ciertamente, no se ajusta al sentido natural de la literalidad con que está redactada pero que debe intentarse ya que, como indica doctrina del Tribunal Constitucional de la que es exponente su sentencia de 29 de julio de 1986, la validez de la ley ha de ser siempre

preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. La conveniencia de hallar ese otro camino se agudiza, además, en razón de que, dejadas eventualmente sin efecto por inconstitucionales las reglas extralimitadas de la disposición final que en la práctica conceden competencia para resolver el recurso por infracción procesal a ciertos Tribunales Superiores, resultaría que, por respeto estricto a la actual normativa de la LOPJ, o bien el Tribunal Supremo habría de desempeñar la función de depurar la infracción de normas procesales en los pleitos respecto de los cuales no es competente para resolver en casación, hipótesis perturbadora a todas luces, si no absurda, o, lo que sería aún peor, habría que concluir que frente a las sentencias dictadas en materias regidas por el Derecho Civil privativo de las Comunidades Autónomas, el litigante tendría la posibilidad de promover el control de la decisión de fondo mediante el recurso de casación mas no, en cambio, el de la validez de la resolución judicial.

La solución alternativa se halla en entender que, cuando el conocimiento del recurso de casación corresponde a las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la denuncia de la infracción de preceptos procesales se convierte en motivo de casación. Se trata, además, de propuesta que, antes que violentar la dicción de la disposición final decimosexta, encuentra apoyo gramatical en uno de sus pasajes: la regla primera del apartado primero, la cual indica que, en los casos en que la casación compete a los Tribunales Superiores, “las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley”. El legislador ordinario no se atreve a decir con franqueza que en tales supuestos cabe interponer recurso por infracción procesal ante los Tribunales Superiores. De esta ambigüedad puede hacerse virtud y sortear gracias a ella el gravísimo desajuste normativo que causa la falta de modificación de la LOPJ. Si así se concluye, se remodelaría el contenido del recurso de casación a los efectos de ensanchar su fundamento genuino –la infracción de las normas legales aplicables para resolver el objeto litigioso– con los motivos específicos del recurso por infracción procesal que prevé el art. 469.1. Se llegaría entonces al resultado de que, con el nombre de casación, habría en realidad dos recursos de ámbito distinto: el que se ajusta al diseño normal de la LEC y del cual conoce el Tribunal Supremo, y el de competencia de ciertos Tribunales Superiores de Justicia en función de la normativa rectora de la controversia, el cual vendría a ser producto de una a modo de fusión de los dos recursos extraordinarios y a desempeñar los cometidos de controlar la regularidad de la actividad procesal y el

enjuiciamiento del tema de fondo propios del uno y del otro.

Conviene señalar, no obstante, que, en cuanto atañe al mero plano procedimental, son escasas con todo las repercusiones prácticas de optar por que ante los Tribunales Superiores son viables los dos recursos extraordinarios o bien únicamente una casación ampliada. Según la disposición final repetida, y como ya se ha hecho notar, la resolución recurrible ha de ser siempre una sentencia susceptible de casación; los recursos por infracción procesal y de casación se preparan e interponen en un mismo escrito; los dos se tramitan de manera conjunta y es la misma sentencia la que los resuelve, aunque, como es natural, pronunciándose antes sobre el recurso por infracción procesal que sobre el de casación. Ahora bien, la naturaleza de medio de impugnación extraordinario caracterizadora de estos recursos impone que su formulación esté sometida a requerimientos formalistas rigurosos y ahí es donde la cuestión adquiere trascendencia. Pues, dependiendo del criterio interpretativo que se adopte, podría darse el caso de que no superen la barrera de la admisión motivos por infracción procesal no articulados bajo ese nombre separadamente de los de casación o, a la inversa, se inadmitan por el Tribunal Superior los motivos de denuncia procesal agrupados bajo la denominación de un recurso extraordinario para el que ese órgano jurisdiccional carece de competencia o, cuando menos, los remita al conocimiento del Tribunal Supremo, previo cumplimiento de lo que dispone el art. 62.1 de la LEC.

### **La delimitación objetiva entre casación y recurso por infracción procesal**

El funcionamiento eficiente del sistema dual de recursos extraordinarios que dibuja la LEC descansa en la distribución clara y cierta de las cuestiones que corresponde dirimir a través de uno y otro de estos nuevos mecanismos. Determinar con nitidez qué constituye materia propia del recurso por infracción procesal y cuáles son los motivos reservados a la casación entraña exigencia elemental de seguridad jurídica. Antes, bajo el régimen de la LEC derogada, de casación única, el Tribunal Supremo había suavizado sobremanera las consecuencias derivadas del planteamiento del motivo casacional por un cauce erróneo hasta acabar en la última época por restarle relevancia práctica, a impulsos, eso sí, de la doctrina del Tribunal Constitucional contraria a los formalismos enervantes; doctrina que inspira el art. 11.3 de la LOPJ. Ahora, en cambio, al existir dos recursos distintos,



la elección por el recurrente de una vía impugnativa inadecuada, a juicio del órgano judicial, puede acarrear el nefasto resultado de que el motivo se inadmita, por muy fundado que esté.

No parece discutible que la idea matriz de la diferenciación legal reside en que las cuestiones procesales formen el objeto del recurso por infracción procesal y las sustantivas, esfera del recurso de casación. El deslinde de lo procesal puro respecto de lo sustantivo, sin embargo, no resulta siempre fácil de verificar en concreto ni es del todo pacífico en el terreno doctrinal. Hay zonas fronterizas de catalogación dudosa y no unánime. La LEC, a mi modo de ver, hubiera debido esforzarse algo más por eliminar incertidumbres.

Los arts. 469.1 y 477.1 son las normas positivas que delinear los ámbitos respectivos de los recursos por infracción procesal y de casación.

El primero de estos preceptos convierte en motivos del recurso por infracción procesal los siguientes:

- “1º. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
- 2º. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
- 3º. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.
- 4º. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”.

Para la casación, en cambio, se contempla un solo motivo, cuyo contenido ha de consistir en denunciar “la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Con esta dicción literal lo define el art. 447.1.

El Tribunal Supremo, como era de esperar, tuvo que pronunciarse en seguida sobre tema tan clave. El auto de 27 de noviembre de 2001 constituye cumplido exponente de las ideas que aplica el Alto Tribunal en punto a la delimitación de los campos propios de cada recurso. Señala el auto que *“parece claro que tanto la «voluntas legislatoris», exteriorizada en la Exposición de Motivos de la Ley, como la «voluntas legis», son también aquí coincidentes cuando reservan la función nomofiláctica propia del recurso de casación a las cuestiones de índole material, «manteniéndose en sustancia la finalidad y los efectos que le son propios, pero con un ámbito*

*objetivo coherente con la necesidad de nutrir un cuerpo de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada», por lo que el objeto del proceso al que se hace mención en el art. 477.1 LECiv 2000 ha de entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas al «crédito civil o mercantil y a las situaciones personales y familiares», estando el recurso de casación limitado a la «revisión de infracciones de Derecho sustantivo», señalándose expresamente en el preámbulo legal que «las infracciones de leyes procesales» quedan fuera de la casación. Esta casación circunscrita a lo sustantivo determina el desplazamiento de las cuestiones de índole procesal hacia la esfera del recurso extraordinario por infracción procesal, el cual se articula como un remedio que permite una amplia e intensa tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de esta índole, que encuentran en el Tribunal Constitucional la última y suprema instancia de interpretación normativa”.*

El auto continúa afirmando que las materias procesales “*deben entenderse, a los efectos del ámbito de los recursos extraordinarios, en un sentido amplio, que abarque no sólo las infracciones de las normas reguladoras de los presupuestos del proceso —entendidos como aquellos que impiden su inicio, su continuación o una resolución sobre el fondo— y de los actos procesales que conformen sus sucesivos trámites hasta llegar a la resolución que le pone término, sino también todas aquellas que ordenen la actuación del titular del órgano jurisdiccional encaminada a permitir el juicio jurídico sobre la cuestión que se le somete, así como la orientada a resolver todas las cuestiones que tengan su origen o su causa en el proceso. De este modo, las «cuestiones procesales» excluidas del ámbito objetivo del recurso de casación, han de considerarse en un sentido amplio, que no se circunscribe a las que enumera el art. 416 LECiv 2000, sino que abarcan también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión y las que determinan el resarcimiento de los costes y gastos que el proceso comporta, por lo cual, aspectos tales como la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos resultante de la aplicación de las reglas y principios que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba y de ésta en su conjunto, o la condena en costas causadas en las sucesivas instancias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación depurado en la estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir a la aplicación al supuesto de hecho*

*previsto en la norma de los resultados de aquel juicio fáctico, y en la aplicación al caso enjuiciado de la norma jurídica sustantiva en sí misma, en donde se resume el alcance de la infracción normativa que habrá de fundarlo, y en donde se concretan las cuestiones que constituyen el objeto del proceso a que ha de referirse la infracción normativa (art. 477.1 LECiv)”.*

Las razones que ofrece el Tribunal Supremo para llegar a las conclusiones antedichas son que *“esta delimitación del contenido de los recursos responde, por demás, a las previsiones del legislador, que caracteriza tales cuestiones como procesales, como lo demuestra su preocupación porque en las sentencias aparezcan detallados los hechos resultantes de la apreciación de los medios de prueba de los que se ha dispuesto (art. 209-2ª de la LECiv 2000) –lo que desde otra perspectiva satisface el deber de motivación de las sentencias proyectado hacia el componente fáctico de la resolución–, y se desprende tanto de su reglamentación y tratamiento sistemático en la LECiv, como del patente deseo del legislador de que la fijación de los hechos, mediante la correcta aplicación de la regla de valoración o de distribución de la carga de la prueba sea llevada a cabo por el órgano de instancia como paso previo para la debida aplicación del derecho, a cuyo fin se le habrá de devolver el conocimiento del asunto una vez estimado el recurso por infracción procesal, del mismo modo que habrán de reponerse las actuaciones al momento preciso para subsanar la falta o el defecto procesal que se hubiese apreciado; todo ello, claro está, sin perjuicio de los distintos efectos de la eventual sentencia estimatoria del recurso derivados del régimen provisional establecido en la disposición final 16ª, apartado 1, regla 7ª, de la LECiv 1/2000”.*

Desde este enfoque, así pues, el recurso por infracción procesal y la nueva casación no reproducen el contenido de las dos modalidades tradicionales del antiguo recurso de casación: casación por quebrantamiento de forma y casación por infracción de ley. En el sentir del Tribunal Supremo el recurso por infracción procesal tiene un ámbito objetivo más amplio, pues su función consiste en el control de dos grandes bloques de problemas: a) la regularidad de la actividad procedimental, la comprobación de que se han respetado en el proceso las condiciones legalmente precisas para emitir una decisión justa; y, b) el juicio sobre la cuestión de hecho. De manera correlativa, el papel de la casación se reduce ahora a la revisión del juicio de derecho, esto es, de la operación de subsumir el supuesto de hecho procesalmente perfilado en las normas

sustantivas que le son aplicables.

No dudo, en cuanto a mí respecta, de que tales criterios interpretativos del Tribunal Supremo reflejen con exactitud la intención del legislador. Menos me convence que la norma positiva haya plasmado esa “mens legislatoris” con fidelidad. La exclusión del juicio de hecho de la esfera de aspectos revisables en casación no se deduce, en efecto, del precepto que deslinda el ámbito de dicho recurso, el art. 477.1 de la LEC. A tenor de este artículo, el contenido del único motivo de casación estriba en denunciar “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Pues bien, el objeto del proceso es la pretensión; y toda pretensión tiene necesariamente un componente fáctico: los hechos que la parte alega como fundamento de lo que pide. La controversia sobre la realidad o incerteza de esos hechos y de los que opone la parte contraria en su defensa también constituyen, por ello, “cuestiones objeto del proceso”. ¿Qué otra cosa son, si no?. Todo jurista que actúa ante los tribunales lo sabe, como sabe que, en no pocas ocasiones, la discusión acerca de la prueba y de sus resultados se convierte en el extremo capital del debate de fondo, el decisivo, el factor que concede el éxito en el pleito o conduce al fracaso. El objeto del proceso presenta una primera vertiente de hecho y otra segunda de derecho, cada una regidas por sus normas jurídicas peculiares. La denuncia de haberse vulnerado cualesquiera de ellas por el órgano judicial de instancia es, así, y con arreglo al sentido textual del precepto, materia específica del recurso de casación. Otra sería la lectura si la redacción del art. 477.1 hubiera adjetivado el tipo de cuestiones a las que se refiere, calificándolas de “sustantivas”, “de derecho”, o empleado expresión equivalente. No lo hace, empero. La interpretación que efectúa el Tribunal Supremo, por tanto, no se ajusta a la literalidad del precepto sino que lo restringe; y aunque tenga apoyo en la Exposición de Motivos, la fuerza normativa no emana de ésta sino de la prescripción legal.

Puede argüirse en contra la circunstancia de que, en paralelo al art. 477.1, el número segundo del art. 469.1 de la LEC enumera la “infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia” entre los motivos invocables para fundar el recurso por infracción procesal; y de que la LEC incluye las normas sobre carga de la prueba (art. 217) en la sección del Capítulo VIII del Libro I donde regula los requisitos internos de la sentencia y sus efectos.

Obsérvese, no obstante, que, desde la perspectiva sistemática, las normas que fijan el valor de los medios de prueba se encuentran insertas en

lugar diferente de aquella sección: en los Capítulos III, V y VI del Libro II. La eficacia de las normas sobre valoración de la prueba trasciende, además, el proceso. Se aplican en los expedientes administrativos y en más ámbitos, como las actividades notarial y registral. El reconocimiento de esta realidad patente es el único factor que explica la situación insólita de que las reglas relativas a la fuerza probatoria de los documentos públicos y privados aparezcan hoy duplicadas, en sus aspectos esenciales, en dos textos legales: LEC (arts. 317 a 327), de un lado, Código Civil (arts. 1.216 a 1.230, a excepción del 1.226, que ha sido derogado) y Código de Comercio (art. 31), de otro. ¿La infracción del art. 1.218 del CC, sobre el valor probatorio de los documentos públicos, es motivo de casación y la del paralelo art. 319.1 de la LEC motivo de recurso por infracción procesal?. El eventual desconocimiento de la norma del art. 1.227 del CC reguladora de la eficacia frente a terceros de la fecha de los documentos privados, ¿a través de qué recurso ha de denunciarse?.

El dato confirma que esas reglas son normas procesales, mas no sólo procesales. Son procesales en la única medida en que dirigen y marcan las pautas de ejecución de una operación intelectual que, principalmente, se lleva a cabo en el instrumento de solución de conflictos de intereses en que consiste el proceso. Sin embargo, no pueden calificarse en puridad de “normas reguladoras de la sentencia”, a no ser que por “sentencia” se entienda, no la resolución judicial que da forma y expresa la decisión de la controversia, estimatoria, absolutoria, sino la decisión misma. Pero, si fuera de este modo, el apelativo deberían recibirlo por igual absolutamente todas las normas que el juzgador aplica en el acto de enjuiciamiento del problema de fondo, sean probatorias como sustantivas, rectoras de la cuestión de hecho como de la de derecho. No hay que confundir los requisitos internos de la sentencia, aquellos que determinan la estructura y límites de una respuesta judicial válida, –congruencia, exhaustividad, motivación, condena líquida–, y cuya inobservancia provoca la nulidad de la resolución, con la normativa aplicada por el contenido de la respuesta que el tribunal proporciona a las pretensiones de los litigantes, acogiénolas o rechazándolas.

Es necesario advertir, también, las veces que el reparto de la carga de la prueba forma parte expresa de las disposiciones sustantivas. Valgan como ejemplos dos notorios: el art. 1.183 del Código Civil, que sienta la presunción, salvo prueba en contrario, de que la cosa se pierde por culpa del deudor y no por caso fortuito, y el art. 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad

Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el cual impone al conductor causante de daños personales la carga de probar que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Las reglas del art. 217 de la LEC atribuyen al actor, por lo general, la carga de probar los hechos constitutivos y al demandado los obstativos. Cuáles son unos u otros en cada supuesto concreto, son, sin embargo, normas sustantivas las que lo establecen. El art. 217 no puede sustraerse a remitir el particular a lo que dispongan las normas aplicables a los hechos debatidos. Éstas últimas complementan e integran las reglas del mencionado artículo, las cuales de alguna manera poseen el cuerpo propio de normas “en blanco” por emplear un símil tomado del Derecho Penal. Por consiguiente, cuando el juzgador no respeta la distribución del “onus probandi” prevista para un caso concreto, la norma que en puridad transgrede es la sustantiva y sólo de modo vehicular el art. 217 de la LEC. La carga de la prueba es un fenómeno procesal gobernado por leyes materiales. El examen de los errores de enjuiciamiento que conlleva la inobservancia de dichas leyes, por lo tanto, debería pertenecer al recurso de casación.

Marginar, además, la normativa de la carga probatoria del campo de la casación para situarla en el campo del recurso por infracción procesal tiene consecuencias prácticas graves: la imposibilidad futura de formar doctrina casacional sobre este género de importantes cuestiones. Baste con recordar que en el terreno de la responsabilidad extracontractual, donde tan fecunda se ha mostrado la jurisprudencia, la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo ha pivotado sobre el eje de la carga de la prueba, trasladando sobre el agente causante del daño la que en origen pesaba sobre la víctima o damnificado. Bien es cierto que el hecho de que el mismo tribunal de casación conozca de los dos recursos extraordinarios palía algo el obstáculo. Pero el inconveniente subsiste en cuanto que, despojada la infracción de las normas concernientes a la carga de la prueba de interés casacional, las únicas vías hábiles de que la cuestión llegue al Tribunal Supremo se reducen a las dos primeras del art. 477.2 de la LEC por ser aquéllas en las que, de acuerdo con la disposición final decimosexta, la sentencia de la Audiencia Provincial puede recurrirse por infracción procesal con independencia y no subordinadamente al recurso de casación.

Confieso, para finalizar, mi personal desconfianza hacia esa radical separación entre juicio de hecho y juicio de derecho que postula el Alto

Tribunal, y mi escepticismo por que el sistema se respete sin falla hasta sus extremos últimos. La experiencia de años en órganos colegiados enseña qué difícil resulta disociar los aspectos de hecho y de derecho, y cuantas perturbaciones plantean a veces, a la hora de dictar un pronunciamiento correcto, premisas factuales insuficientes o insatisfactoriamente perfiladas en la instancia. ¿Prescindirá el Tribunal Supremo en adelante de su autoarrogada facultad de completar las declaraciones fácticas inexactamente definidas o superficiales, no obstante la proclamada intangibilidad en casación de lo hechos declarados probados, –SSTS, 8 mayo 1989, 3 enero y 19 noviembre 1990, 8 febrero 1991, 3 febrero 1992, 31 mayo 1993, 27 junio 1994, 10 junio 1995, etc.–?

### **La competencia para conocer del recurso de casación civil en materia de derecho privativo**

La competencia para conocer del recurso de casación civil se reparte hoy entre la Sala 1ª del Tribunal Supremo y las Salas de lo Civil y Penal de ciertos Tribunales Superiores de Justicia. Así lo preceptúa el art. 478.1 de la LEC en concordancia con la LOPJ.

La competencia del Tribunal Supremo presenta carácter general y residual. Dicho de otra manera: el Tribunal Supremo es el órgano competente para resolver todos los recursos de casación en materia civil, salvo aquellos que por especial disposición de la Ley corresponden a los Tribunales Superiores de Justicia. La esfera competencial natural del Tribunal Supremo se proyecta sobre los recursos fundados en la infracción de normas de ámbito estatal. Excepcionalmente, esa competencia se extiende a dos hipótesis más, las dos fuentes de problemas específicos: los recursos que acusan infracción de normas civiles privativas de las Comunidades Autónomas cuando el litigio se ha desarrollado ante órganos judiciales situados fuera del territorio de las mismas, y los motivos que denuncian infracción de precepto constitucional en pleito que versa sobre derecho privativo.

La residencia propia de los recursos de casación civil en materia de derecho autonómico se halla en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores. La efectividad de dicha competencia exige, sin embargo, la reunión de tres requisitos cumulativos: a) que los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Autónoma respectiva hayan previsto esa atribución; b) que la resolución recurrible provenga de órgano judicial con

sede en el territorio de la Comunidad Autónoma; y, c) que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad. Lo establece de este modo el art. 478.1 en su párrafo segundo, acomodándose a las disposiciones del art. 73.1 a) de la LOPJ y reiterando lo que ya señalaban al respecto los arts. 1.686 y 1.730 de la LEC derogada.

Los Estatutos de Autonomía que en la actualidad conceden competencia en casación civil a los Tribunales Superiores de Justicia respectivos son los de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra, Comunidad Valenciana, Murcia y Extremadura. El Estatuto de Aragón, en su versión primitiva de 10 de agosto de 1982, también llamaba a los órganos judiciales ubicados en dicha Comunidad a conocer de los recursos de casación y revisión en materia de derecho foral aragonés, según establecía su art. 29.1 a). Este precepto, sin embargo, desapareció en la reforma del Estatuto que llevó a cabo la LO 5/1996, de 30 de diciembre. Pese a ello, la Sala 1ª del Tribunal Supremo entiende, de modo plausible, que la supresión de ese artículo fue fruto de un defecto de técnica legislativa, tan patente como subsanable por vía interpretativa, y no producto de una voluntad consciente del legislador; y ha venido declarando que el Tribunal Superior aragonés conserva la competencia para resolver los recursos de casación relativos al derecho civil privativo de esa Comunidad.

En el caso de las Islas Baleares la previsión competencial la formula el art. 49.1 a) del Estatuto de Autonomía. La importancia de este extremo no debe minimizarse. Significa que las facultades competenciales del Tribunal Superior para conocer de los recursos de casación en materia de Derecho civil especial de las Islas no nacen de la ley ordinaria y ni tan sólo de la Orgánica del Poder Judicial. Tienen asiento más alto. Una norma perteneciente al llamado “bloque constitucional”, correlativa y coherente con la potestad legislativa que la Comunidad Autónoma posee en orden a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil propio (art. 10.22 del Estatuto en conexión con el art. 149.1.8º de la Constitución). Pues, así como esa potestad legislativa es patrimonio exclusivo de la Comunidad Autónoma, resulta lógico que, en simetría, la formación de jurisprudencia en lo tocante al derecho civil privativo corresponda al órgano jurisdiccional en el que culmina la organización judicial del territorio. Cualquier excepción a esa competencia, cualquier salvedad en favor de tribunales de fuera de la Comunidad Autónoma, debe, por ello, interpretarse con fuerte carácter restrictivo.



El segundo elemento condicionante de la competencia casacional del Tribunal Superior estriba en que la sentencia recurrida haya sido dictada por Audiencia Provincial radicada en el territorio de la misma Comunidad Autónoma. La exigencia parece obvia, si se acepta el postulado, hasta hace no mucho indiscutido, de que ningún órgano judicial está investido de capacidad para revisar resoluciones de órganos que no le estén jerárquicamente subordinados. En otro caso, esto es, si se trata de sentencia pronunciada por Audiencias con sede en otra Comunidad Autónoma, la competencia para resolver el recurso se defiende a la Sala 1ª del Tribunal Supremo. No es insólito que el supuesto ocurra, aunque sí infrecuente, merced al juego combinado de las normas sobre vecindad civil y las reglas procesales que conciernen a la competencia territorial. El Alto Tribunal ya tuvo ocasión, en auto de 21 de marzo de 1995, de afirmar su competencia para resolver un recurso de casación entablado contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se alegaba infracción de normas propias del Derecho de Aragón. Y alguna ha habido también en que ha conocido en casación de controversia sometida al Derecho navarro pero resuelta en la instancia por órganos judiciales aragoneses.

La concurrencia del tercer y último requisito la produce el planteamiento del propio recurso. La competencia del Tribunal Superior, en efecto, no deriva de la fundamentación jurídica aducida por las partes en sus escritos delimitadores del objeto del proceso y ni tan siquiera del carácter autonómico de las normas aplicadas efectivamente por las decisiones de instancia. Deriva sólo de la naturaleza de la concreta norma en cuya infracción el recurso se funda, y que ha de tener la condición de “normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad”, en palabras del art. 478.1.

Basta, por lo demás, con que el recurrente denuncie la infracción de una sola norma de derecho foral o especial. Este mero dato formal atrae la competencia del Tribunal Superior para conocer de la totalidad del recurso aunque los demás motivos que éste articule se basen en normas de carácter común. La LEC opta con sensatez por respetar la unidad del recurso y remite la resolución de los que poseen contenido mixto al Tribunal Superior; y ello al margen de la mayor o menor incidencia de aquel motivo dentro del conjunto de la impugnación, de que sólo afecte a una cuestión colateral o marginal, de que la norma privativa invocada no resulte al cabo aplicable en el supuesto litigioso e, inclusive, aunque se trate de motivo formulado con carácter subsidiario para caso de desestimación de los principales. Se sigue

de aquí que un Tribunal Superior puede acabar fallando en casación sobre la base exclusiva de normas y disposiciones extrañas del todo al cuerpo jurídico del Derecho Civil que justifica su competencia. La sentencia de 23 de junio de 2000 de la Sala Civil y Penal de Baleares ofrece una muestra diáfana de este absurdo: recayó en un litigio promovido por unos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales a cuenta de la liquidación del patrimonio común, litigio que acabó en casación ante el Tribunal Superior remitido por el Tribunal Supremo en razón de que el recurrente mencionaba de pasada, en el último de los motivos de recurso, planteado con carácter subsidiario, y al lado de la cita de otras normas heterogéneas, el art. 3.3 de la Compilación Balear.

La imperfección del sistema y su inseguridad saltan a la vista. Como ha observado FERNÁNDEZ URZAINQUI, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el criterio legal en buena medida viene a dejar al arbitrio de la parte la determinación del tribunal competente para el conocimiento de la casación. Da pie a que se formalicen ante el Tribunal Superior recursos donde se debaten cuestiones sometidas al derecho estatal, pero también a la inversa: que se desvíen hacia el Tribunal Supremo litigios cuya sede natural de resolución se halla en el Tribunal Superior. Los ordenamientos civiles autonómicos son incompletos en el sentido de que no abarcan todas las instituciones del correspondiente sector jurídico y, además, no siempre norman la totalidad de aspectos posibles de las instituciones que sí regulan. De ahí la función supletoria que desempeña el derecho estatal al objeto de llenar los silencios o vacíos de que adolece la normativa autonómica. Entonces, cuando se ventila la entrada en el derecho autonómico de una norma estatal resulta factible que, si el recurrente se limita a denunciar en casación la inaplicación de esta última, sea el Tribunal Supremo y no el Tribunal Superior el que decida sobre la existencia de lagunas en el derecho positivo, primero, y sobre la posibilidad o no de integrarlas con las fuentes propias del ordenamiento autonómico, después. Aunque por fortuna no llegó a suceder, el formalista y superficial criterio de asignación de competencias que el actual art. 487.1 toma de la LEC derogada habría permitido perfectamente que, en el caso resuelto por la célebre sentencia del Tribunal Superior de Baleares de 3 de septiembre de 1998, hubiera sido el Tribunal Supremo el que zanjara al fin la cuestión relativa a la propugnada sumisión de quienes ostentan la vecindad civil de Mallorca al art. 1.320 del Código Civil, el cual exige el consentimiento del cónyuge no propietario para disponer de la vivienda conyugal.

“De lege ferenda”, gran parte de estos trastornos se solucionarían con el expediente de convertir el contenido de la pretensión material deducida en el juicio, el objeto del proceso, en suma, en el factor determinante de la distribución de competencias entre los tribunales de casación. Si el litigio se suscita en relación con una institución o figura jurídica prevista en el derecho privativo, el ejercicio de la función casacional debería reconocerse siempre al Tribunal Superior, de modo que sea éste el que siente doctrina jurisprudencial acerca de si, llegado el caso, la regulación de esa institución precisa de completarse con normas de derecho estatal y en qué sentido han de interpretarse éstas últimas para que encajen en el marco del ordenamiento privativo. Esta técnica de distribución competencial evitaría las arbitrariedades que el régimen actual propicia. Y, desde luego, sería más respetuosa con la caracterización de los ordenamientos privados autonómicos como conjunto unitario de normas organizadas en torno a unos principios peculiares y dotado de herramientas propias de producción e integración normativas, no como una simple yuxtaposición de disposiciones desarticuladas.

Ocurre, además, que la ley ya hace uso del criterio de organizar la competencia intrajudicial en función de la naturaleza, estatal o autonómica, del derecho material aplicado en el proceso. Es el que adopta el art. 73.1 b) de la LOPJ en conexión con el art. 509 de la LEC a fin de determinar el órgano jurisdiccional al que corresponde enjuiciar la demanda de revisión de sentencias firmes. La vigente regulación procesal de este instituto se separa de los precedentes históricos, en los que el juez competente para decretar la rescisión era el mismo que había dictado la primera sentencia, y confía el conocimiento de este tipo de pretensiones, —sin justificación dogmática alguna, todo hay que decirlo—, al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores con competencia en casación. Mas comoquiera que el ámbito del juicio de revisión se contrae al examen de la realidad de ciertos hechos, taxativamente prefijados (art. 510), acaecidos fuera del pleito y no alegados ni discutidos en él, con plena abstracción de la normativa aplicable a la decisión del objeto litigioso, aquí no resulta viable discriminar la competencia de uno y otros tribunales atendiendo a los fundamentos de la demanda de revisión. El elemento de diferenciación al que por ello acude la ley es la índole del ordenamiento civil en que se incardina la controversia: si estatal, el conocimiento de la pretensión rescisoria se confiere al Tribunal Supremo; si autonómica, al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. La aplicación de esta pauta distributiva no ha suscitado, que yo sepa, problemas de calificación destacados. Luego, si su utilidad está comprobada,

¿qué impediría acogerla para que cumpla papel parecido respecto del recurso de casación?.

El art. 478.2 de la LEC regla, en fin, el supuesto de que un mismo litigante prepare a la vez sendos recursos de casación contra la misma sentencia: uno dirigido al Tribunal Supremo y otro dirigido al Tribunal Superior de Justicia. Y ordena que, en tal caso, se dicte providencia teniendo por no presentado el primero de ellos, es decir, el que se formula para ante el Tribunal Supremo, en cuanto se acredite la duplicidad. Tener por no presentado el recurso ante el Tribunal Supremo equivale a la inexistencia del mismo, de manera que éste no renace ni puede prepararse de nuevo aunque el formulado para ante el Tribunal Superior luego se inadmita o fracase por cualquier otra circunstancia.

Contempla la Ley esta situación, ciertamente anómala, y se olvida, por el contrario, de otra más probable, cual es que varias partes preparen otros tantos recursos de casación dirigidos a Tribunales distintos. La solución, entonces, no puede ser más que acumular el conocimiento de todos ellos ante el Tribunal Superior a fin de no romper la unidad del asunto y por similitud con lo que la LEC establece para los recursos de casación de contenido mixto. El verdadero problema competencial puede surgir más tarde, en relación con el recurso fundado exclusivamente en el derecho común, caso de que se aprecie que el recurso que invoca la infracción de norma de derecho foral o especial adolece de causas que obstan a que se tramite, cuestión a la que me referiré más adelante.

### **La denuncia de infracción de precepto constitucional como factor que altera la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia**

El art. 5.4 de la LOPJ dispone que cuando el recurso de casación se fundamente en la infracción de precepto constitucional, la competencia para decidirlo “corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”. A la luz de su sentido gramatical estricto, este precepto autorizaría a concluir que la ley llama en tales casos al Tribunal Supremo a resolver sobre la totalidad del recurso, es decir, no sólo sobre aquellos motivos de sustancia constitucional sino también sobre los que plantean cuestiones de mera legalidad ordinaria. Claro que, entonces, la norma supondría una excepción a la regla que

otorga a los Tribunales Superiores la competencia para conocer de los recursos de casación que giran sobre cuestiones de derecho civil privativo y que, como se destacó más arriba, tiene su apoyo en los Estatutos de Autonomía. Interpretada de esa suerte, la disposición orgánica suscitaría dificultades de encaje con previsiones investidas del superior rango jerárquico inherente a las normas que forman parte del “bloque constitucional”. La Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, sin embargo, complementó el mandato de la LOPJ y solucionó con acierto el problema. Esta Ley puso en marcha los Tribunales Superiores de Justicia, con lo que cobró efectividad la atribución competencial de estos últimos en punto a la casación civil. Al regularla, el art. 54.1 de la Ley estableció que si el recurso se fundamentaba en precepto constitucional, la competencia correspondería al Tribunal Supremo, respetando así el mandato de la LOPJ, como no podía ser de otra manera. Mas dispuso también que la competencia del Alto Tribunal quedaría limitada al conocimiento del motivo de alcance constitucional y que, si éste tribunal lo desestimaba, remitiría las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia oportuno a fin de que éste último conociera del resto de motivos de recurso. Tales disposiciones pasaron luego a integrarse en los arts. 1.730 y 1.732 de la anterior LEC por obra de la Ley 10/1992, de 30 de abril, y han permanecido vigentes hasta la entrada en vigor de la LEC de 2000.

La citada prescripción de la LOPJ en absoluto merece opinión positiva. Todo lo contrario. El Tribunal Constitucional la avaló en su día –STC 56/1990, de 29 de marzo– arguyendo la necesidad de una interpretación y aplicación unitaria de los preceptos constitucionales que, consideraba, sólo podría lograrse a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la práctica forense, sin embargo, el precepto apenas si ha servido que de mecanismo utilizado por las partes con el solo objetivo desviado de dilatar la pendencia de pleitos que, ante el Tribunal Superior, habrían llegado a su fin en un tiempo escaso. Y, objeción de entidad y calado mucho mayores, ofreció ocasión en cierto momento al Tribunal Supremo para arrogarse el cometido de controlar la doctrina jurisprudencial sentada en casación por los Tribunales Superiores de Justicia so pretexto de comprobar la “adecuación constitucional” de la misma.

Por auto de 22 de septiembre de 2000, el Tribunal Supremo, en efecto, se declaró competente para conocer de un recurso de casación en que se tachaba de contraria a la Constitución la interpretación de la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos que venía efectuando el Tribunal

Superior de la Comunidad Valenciana. Los razonamientos esenciales del auto fueron que *“el Tribunal Supremo, que tiene jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, con arreglo a los arts. 123.1 y 152.1 de la Constitución. Y no hay base legal, estatutaria o constitucional que excluya la competencia de la Sala 1ª para conocer del tema planteado, con exclusión de la clara previsión orgánica y procesal, previsión, por lo demás, que responde, entre otras razones, a la necesidad de una interpretación unitaria de los preceptos constitucionales en relación con la limitación objetiva del recurso de amparo”, así como que “la Constitución configura el Poder Judicial como único, y no cabe, por ende, someter al Tribunal Supremo, que constituye el órgano jurisdiccional superior (sin perjuicio de la competencia del Tribunal Constitucional en materia de constitucionalidad y garantías constitucionales), en la interpretación y aplicación del Derecho del Estado (que comprende, como es obvio, tanto el general como el privativo –foral o especial en la dicción legal– de las Comunidades Autónomas), a la interpretación jurisprudencial de un Tribunal Superior de Justicia (sin merma de la competencia y función que le es propia según las normas estatutarias y procesales). No cabe desconocer que la Sala 1ª de lo Civil puede incluso encontrarse en la tesitura de tener que aplicar de oficio un Derecho Privado Autonómico, o resolver recursos de casación contra Sentencias de Tribunales que interpretan y aplican el Derecho de Comunidad Autónoma distinta a la que pertenecen, y no tiene sentido entender que el TS queda sujeto a la interpretación jurisprudencial del Tribunal Superior correspondiente, con independencia del valor e importancia que la misma puede tener”.*

El auto, como se ve, pone el acento en la posición de primacía institucional que ocupa el Tribunal Supremo sobre todos los órganos que conforman el Poder Judicial, consideración jerárquica que, inclusive, conduce al auto a proclamar de manera paladina, fuera ya del discurso centrado en la defensa de la supuesta potestad de vigilar el acomodo de esa doctrina a la Constitución, que el Tribunal Supremo no queda vinculado por la doctrina casacional que establezca un Tribunal Superior en la esfera competencial que este último tiene reservada. Sobra advertir del gravísimo peligro que para la autoridad de los Tribunales Superiores de Justicia y para la integridad de sus competencias jurisdiccionales propias en materia de casación hubiera supuesto la consolidación del transcrito criterio. No ocurrió así, por fortuna, y el posterior auto del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2001, al que reitera otro de 3 de mayo de 2001, rectifica línea tan preocupante.

Cargado de sensatez y de respeto por la armonía del sistema, argumenta ese segundo auto que *“el orden de competencias establecido en los arts. 5.4 y 73.1a) LOPJ, 40 EACV y 1686 y 1730 LECiv de 1881 se vería sensiblemente alterado si, ante una determinada interpretación de la norma civil autonómica por el Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma al conocer de recursos de casación a él atribuidos, se pudiera acudir a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por el subterfugio de alegar infracción de precepto constitucional, para en realidad someter al juicio de esta Sala la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la interpretación de ese otro órgano de casación. En otras palabras, se estaría burlando la regla competencial al sustraer al Tribunal Superior el conocimiento del recurso de casación por infracción de norma civil autonómica para buscar en el Tribunal Supremo una interpretación distinta de la misma norma”*. El auto recuerda también que la STC 236/2000, de 16 de octubre ha admitido que *«entre los diferentes Derechos civiles coexistentes en España puedan surgir conflictos o contradicciones normativas respecto a una misma materia»*, declarando que no se puede aceptar, como término de comparación entre la norma civil común y la autonómica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la primera. Y concluye afirmando que *“por lo tanto la única vía impugnatoria para el litigante que considere inconstitucional la doctrina de un Tribunal Superior de Justicia sobre una norma civil autonómica cuya interpretación le corresponda por atribuirle el Estatuto de Autonomía competencia para conocer del recurso de casación, no puede ser otra que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como demuestra la sentencia más arriba citada en cuanto resolvió un recurso de amparo contra sentencia civil de un Tribunal Superior de Justicia, en materia de filiación, a la que el recurrente reprochaba una interpretación de la norma autonómica más restrictiva que la del Código Civil por esta Sala en orden a la legitimación. Y es que entre las competencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no está la de corregir la doctrina de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sobre Derecho civil foral o especial de su respectiva Comunidad Autónoma”*.

La LEC 2000 se propuso acabar con esta salvedad competencial a favor del Tribunal Supremo, de repercusiones tan espinosas, y no la recoge en su articulado. Era iniciativa digna de aplauso. Existe ya una doctrina constitucional suficientemente sólida acerca de la práctica totalidad de los preceptos de la Constitución con proyección en la normativa del derecho privado apta para garantizar una aplicación uniforme de los mismos; se

elimina una fuente de roces entre tribunales de casación; se dignifica la labor de los órganos jurisdiccionales de casación autonómica y se priva al litigante inescrupuloso de una herramienta de dilación injustificada del proceso.

La efectividad de la supresión, no obstante, estaba condicionada a la derogación del art. 5.4 de la LOPJ, en virtud de la incapacidad de la ley ordinaria para modificar el contenido de otra de naturaleza orgánica. La reforma de la LOPJ imprescindible para el pleno desarrollo de la nueva LEC fracasó, empero, como se ha dicho. He aquí, pues, que el precepto de nivel orgánico subsiste a fecha de hoy, con el agravante añadido de que ahora no le acompaña la norma del art. 1.732 de la LEC antigua que ceñía la función del Tribunal Supremo en estas situaciones al examen de los motivos de casación que acusaban infracción de precepto constitucional. Se desconoce de momento, –la STS de 10 de mayo de 2004 resuelve recurso planteado con arreglo a la legislación anterior–, si el Tribunal Supremo va a seguir limitando su intervención a resolver los motivos de esta índole o si, por el contrario, se inclinará por asumir la competencia respecto de la totalidad de motivos que formalice el recurso. Parece justificado esperar que adopte la alternativa primera, y a ello alienta la concepción de las relaciones entre Supremo y Tribunales Superiores de Justicia que inspira los autos de 6 de marzo y 3 de mayo de 2001 citados. Tomar otro camino entrañaría un ataque indirecto a la potestad normativa de las Comunidades Autónomas con derecho civil privativo, de la que es reflejo la competencia casacional de sus Tribunales Superiores respectivos y, en otro plano, implicaría ignorar que la falta actual de previsión normativa pareja a la del desaparecido art. 1.732 no es resultado del deseo del legislador de ampliar las facultades del Tribunal Supremo sino, justamente al revés, de reducirlas. Ello aparte de los complejidades técnicas y conceptuales con que tropezaría el Tribunal Supremo a la hora de apreciar la existencia de interés casacional, si tal es el cauce de impugnación escogido, en un recurso en el que la concurrencia de ese singular presupuesto de recurribilidad depende de exigencias distintas según que se entable ante uno u otro tribunal de casación; pues en los recursos que abordan cuestiones de derecho privativo la referencia que determina el interés casacional no es la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino la del Tribunal Superior de Justicia.

Han de añadirse algunas puntualizaciones: a) la cita del art. 24 de la Constitución no dirigirá hacia el Tribunal Supremo el conocimiento del motivo que lo invoque como infringido si se acepta que puede interponerse



recurso por infracción procesal ante los Tribunales Superiores de Justicia, toda vez que el art. 469.1 4º de la LEC configura como motivo propio de ese recurso la vulneración de los derechos fundamentales que dicho artículo reconoce. Pero si se mantiene la opinión contraria, esto es, que dichos Tribunales sólo están habilitados para conocer del recurso de casación, el criterio habría de ser por fuerza distinto, y entonces también entraría en juego la prevención del repetido art. 5.4 de la LOPJ.

b) La mera mención tangencial de preceptos constitucionales en la formalización de los motivos del recurso de casación no basta para atribuir competencia funcional al Tribunal Supremo. El propio Alto Tribunal lo entiende de este modo en su sentencia de 22 de marzo de 1995 y en autos de 3 de octubre de 1995 y 23 de enero y 9 de octubre de 2001. Como indica el auto de 13 de febrero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, “la invocación retórica de preceptos de la Constitución con la patente y sola finalidad de robustecer la denuncia de supuesta vulneración de normas de legalidad ordinaria, –inspiradas como todas en los principios y valores constitucionales, claro es–, no justifica en absoluto una desviación de competencia en menoscabo de la que ley confiere a un determinado órgano jurisdiccional como regla”. Del mismo modo, tampoco es lícito citar como infringida una norma constitucional para eludir la exigencia de concreción de la infracción legal y de la propia acreditación del interés casacional, cuando existe desarrollo legislativo delimitador del contenido y efectos del derecho litigioso, según advierte el Tribunal Supremo en auto de 27 de noviembre de 2001. El marcado carácter excepcional del art. 5.4 de la LOPJ no se compadece con una aplicación de la norma que no se reduzca de manera estricta a aquellos supuestos en que la vertiente constitucional de la controversia se ha planteado y ha sido claramente tema central de debate en el litigio. Criterio más laxo daría carta de naturaleza al fraude en aspectos pertenecientes al orden público procesal. Y,

c) La desestimación por el Supremo del motivo por infracción constitucional devuelve al tribunal de casación competente en origen el conocimiento del resto de motivos de recurso. Esto, claro es, dando por sentado que se siga considerando vigente la regla del antiguo art. 1.732 de la LEC de 1881. Puede ocurrir, no obstante, que un proceso tenga una pluralidad de objetos, y que la denuncia de infracción constitucional afecte de manera exclusiva al pronunciamiento que decide una de las pretensiones, propuesta con separación e independiente de las demás. En tal caso, la estimación del motivo no tendría por qué obstar, en principio, a la

recuperación por el Tribunal Superior de su competencia genuina para examinar los motivos que plantean cuestiones de legalidad ordinaria. Sin embargo, en pureza procesal, la declaración de haber lugar al recurso conlleva la anulación de toda la sentencia y el subsiguiente deber del órgano de casación de resolver lo que corresponda sobre el fondo del asunto (art. 487.2 y 3 LEC). Ello supondría que el Tribunal Supremo asumiría en estos casos, por mor del repetido art. 5.4 de la LOPJ, la función casacional que la ley confía a los Tribunales Superiores en relación con el derecho civil autonómico respectivo y que, de no interferir aquel precepto, éstos desempeñarían con normalidad. No habría entonces otro medio de evitar este indeseable resultado que admitir la casación parcial, limitada al pronunciamiento que el motivo estimado combate, posibilidad, empero, de ortodoxia teórica dudosa, aunque es de reconocer que el art. 487.2 la permite. Una razón más que aboga por la eliminación pronta y definitiva de precepto orgánico tan inútil y distorsionante.

### **El motivo único de casación**

El único motivo de casación que ahora establece la LEC lo describe el art. 477.1 en los siguientes términos: “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. La enunciación del motivo coincide, en esencia, con la del número cuarto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento anterior, del que difiere, no obstante, en un aspecto de calado. Este último precepto contemplaba dos causas de impugnación separadas: la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la infracción de la jurisprudencia. El art. 477.1, sin embargo, omite mencionar la jurisprudencia. El cambio de texto implica que la vulneración de doctrina jurisprudencial ya no es susceptible de ser invocada directamente como fundamento autónomo del recurso. Así lo confirma el art. 479 cuando, en punto a los requisitos del escrito de preparación del recurso, exige que se indique “la infracción legal que se considere cometida”, indicación que el Tribunal Supremo considera también ineludible (AA. 18 y 28 de diciembre de 2001 y 29 de enero de 2002). En adelante, pues, la violación de doctrina jurisprudencial necesitará alegarse en casación en compañía de la del precepto que interpreta y complementa, so pena de inadmisión del motivo. De esta suerte la nueva LEC proporciona argumentos a quienes, en la polémica sobre el valor normativo de la jurisprudencia, le niegan carácter de fuente de producción del derecho.

El concepto de infracción abarca todas las modalidades posibles de error en la aplicación de la norma: sea el que atañe a la existencia misma de la norma o a su vigencia, sea el que recae sobre la interpretación de la misma, sea, en fin, el que consiste en subsumir el supuesto de hecho concreto en una norma que no le corresponde. Ha de tratarse, en todo caso, de error que trascienda a la parte dispositiva de la sentencia, con repercusión en el signo, estimatorio o desestimatorio, de los pronunciamientos. El fallo es el verdadero objeto del recurso de casación, lo que se impugna, no los razonamientos de la sentencia, fuera de la medida en que constituyan el antecedente lógico, la premisa sustentadora de la decisión judicial.

En cuanto respecta a la tipología de normas jurídicas cuyo desconocimiento puede denunciarse en casación, se sitúan dentro de ellas, en primer lugar, los preceptos constitucionales, sin perjuicio de la alteración de la competencia funcional que su invocación acarrea, como se ha visto. Los alegados han de ser, en principio, preceptos con incidencia en la decisión de la cuestión litigiosa de fondo. La protección de los derechos fundamentales que deben respetarse en el curso del proceso está pensado que se desenvuelva a través del cauce específico del recurso por infracción procesal, de acuerdo con lo que previene el art. 469.1, apartado cuarto, de la LEC. Ello, claro está, y en cuanto atañe a la casación civil autonómica, siempre que no prospere la interpretación de la Disposición Final Decimosexta que se propone en el sentido de que los motivos del recurso por infracción procesal se transformen en motivos de casación.

La infracción de ley integra el supuesto más genuino e importante de los que pueden basar el recurso de casación. Por ley se entiende cualesquiera normas positivas investidas de ese rango formal: orgánicas, ordinarias, Decretos-Leyes y las disposiciones de la legislación delegada. Por el contrario, no cabe sustentar la casación en normas de rango reglamentario, a no ser que consistan en disposiciones dictadas para desarrollar una ley sustantiva, o sean complementarias o estén íntimamente relacionadas con ella, en cuyo caso han de citarse en unión de la norma legal que les sirve de cobertura. Tampoco pueden invocarse las Exposiciones de Motivos dado que no crean normativa de aplicación y sólo tienen carácter explicativo o justificativo.

Las normas legales sustantivas en que se apoya el motivo han de poseer, además, naturaleza civil o mercantil. No es cometido del tribunal de casación civil sentar la interpretación correcta de normativa de orden jurídico distinto. El recurso, así pues, no cabe fundarlo en la vulneración de

normas penales, administrativas, fiscales o laborales. La posibilidad de alegar disposiciones de esta otra índole queda reducida a aquellos casos en que tales normas tengan una civil como cobertura, o estén íntimamente relacionadas con la misma.

Aun dentro de las clases de normas legales citadas, algunas carecen de idoneidad por razón de sus características, no obstante, para prestar soporte al motivo de casación. En tal ineptitud incurren los preceptos genéricos, los cuales, con arreglo a doctrina jurisprudencial inveterada, no pueden servir, aislados, para sustentar un recurso de casación sino que han de ponerse en relación con otros de los que resulta la infracción denunciada. Preceptos genéricos son a estos efectos, según el Tribunal Supremo, los arts. 1.1, 3.1, 6.4, 1.091, 1.101, 1.254, 1.255, 1.258, 1.544, 1.961 y varios más del Código Civil, el art. 57 del Código de Comercio, o los arts. 1 y 2 de la Ley de Contrato de Seguro. Tampoco son adecuados para promover la casación los preceptos definitorios, como los arts. 392, 667, 1.216 y 1.445 del CC y 1 y 2 de la Ley de Marcas, los clasificatorios, caso del art. 658 del CC, y los meramente enumerativos, como es el art. 1.089 del CC.

Son hábiles, igualmente, para servir de apoyo al recurso las disposiciones de los tratados internacionales que han pasado a formar parte del ordenamiento español (art. 1.5 CC), las normas integrantes del Derecho de la Unión Europea, y las disposiciones del derecho extranjero que resulten aplicables para la decisión del litigio, siempre que, eso sí, consten en el proceso su contenido y vigencia (arts. 12.6 CC y 281.2 LEC), ya que, en definitiva, cumplen en el enjuiciamiento de la controversia idéntico papel que la norma nacional. Lo son, asimismo, en su calidad de fuentes normativas aunque de grado subsidiario (art. 1.3 y 4 CC), la costumbre y de los principios generales del derecho, aun cuando para invocar estos últimos se precisa la cita de la ley o de la jurisprudencia que los reconoce como tales.

## **Resoluciones recurribles en casación**

En la actualidad, el recurso de casación se concede, exclusivamente, contra las sentencias que dicten las Audiencias Provinciales en segunda instancia. Así lo dispone de manera taxativa el art. 477.2 de la LEC.

Por consiguiente, quedan excluidas del acceso a la casación las sentencias que pronuncien los Juzgados de 1ª Instancia. La LEC ha prescindido con acierto de la figura de la casación directa o *Aper saltum* que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento anterior la reforma que llevó a cabo

la Ley 34/1984, de 6 de agosto, —con escaso éxito, pues apenas se utilizó—, con la mente puesta en aquellos supuestos en que ambas partes contendientes consideraran que la cuestión a resolver era estrictamente jurídica (art. 1.688).

De otra parte, el recurso de casación sólo cabe ejercitarlo ahora, sin excepción, contra resoluciones en forma de sentencia. La LEC no previene la posibilidad de que se entable contra auto alguno. Queda así suprimida, en particular, la añeja modalidad de la casación contra los autos de apelación que, en ejecución de sentencia, resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito o no decididos por la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado (art. 1.687.2 de la LEC de 1881) y cuya finalidad era, no la característica de la verdadera casación, que consiste en la salvaguarda de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia, sino defender la integridad del fallo frente a eventuales extralimitaciones del juez ejecutor.

Hay asimismo algunas sentencias de las que dictan las Audiencias Provinciales que no son recurribles en casación en cuanto que no se pronuncian en segunda instancia. Esto ocurre con la sentencia que resuelve sobre la pretensión del demandado rebelde de que se rescinda una sentencia firme; tanto porque no se pronuncia en segunda instancia, como porque el art. 505.1 dispone que contra ella no se da recurso alguno. También con la que decide el incidente de impugnación de la tasación de costas por el concepto de indebidas (art. 246.4).

Fuera de ahí, por lo demás, comoquiera que todas las sentencias que pronuncian los Juzgados de 1ª Instancia son apelables (art. 455.2.2º), con las solas excepciones de las que prevén los arts. 505.1 y 508, sucede, en definitiva, que la casación queda abierta, —si concurre el resto de requisitos necesarios para ello, desde luego—, a numerosas materias antes marginadas de este recurso, como son las muchas de las que hoy constituyen objeto del juicio verbal, las cuestiones matrimoniales, la oposición en el juicio cambiario etc.. La esfera objetiva del recurso resulta así diseñada con una amplitud desconocida en épocas recientes. Al menos esa era la ambición del legislador. A un resultado práctico muy distinto conduce, sin embargo, el desmoche practicado por el Tribunal Supremo por vía interpretativa de las disposiciones legales que configuran las distintas hipótesis en que las sentencias de las Audiencias Provinciales devienen impugnables en casación.

### **Los supuestos de recurribilidad en casación**

El art. 477.2 de la LEC regula la cuestión empleando las siguientes palabras: “Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda

instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

- 1º. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.
- 2º. Cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas.
- 3º. Cuando la resolución del recurso presente interés casacional”.

Respecto de la casación en materia de derecho común el concepto de “interés casacional” lo delimita el párrafo primero del apartado tercero del artículo de esta forma: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.”

Es difícil imaginar una lectura de este precepto más restrictiva que la concebida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su célebre Junta General de 12 de diciembre de 2000. Cierta o no, da la impresión que pesó en ella sobremanera, sin perjuicio de eventuales consideraciones de otro género, la razón práctica de evitar el definitivo colapso de la capacidad enjuiciadora del Alto Tribunal que ocasionaría la previsible avalancha de asuntos subsiguiente a una inteligencia de la norma acorde con el sentido natural, lógico y finalista que emana de su texto. Las pautas aplicativas fijadas en dicha reunión, –de naturaleza no jurisdiccional, dicho sea–, por los componentes de la Sala se han venido respetando luego sin falla por numerosísimas resoluciones cuando se han manifestado sobre las condiciones de admisibilidad del recurso. Las líneas maestras adoptadas las sintetiza el antes citado auto de 27 de noviembre de 2001 del siguiente modo: “a) *los supuestos de recurribilidad contemplados en los tres ordinales del art. 477.2 de la LECiv constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que sólo cabrá solicitar la preparación del recurso al amparo de uno de ellos; b) el ordinal segundo del art. 477.2 LECiv debe enlazarse con los arts. 249.2 y 250.2 LECiv, por lo que serán recurribles las sentencias recaídas en juicio ordinario, en relación con demandas cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada, así como en el verbal; c) el*

*núm. 3º del art. 477.2 LECiv, por su parte, ha de concordarse con los arts. 249.1 (excepto su núm. 2º) y 250.1 LECiv, de manera que las sentencias recaídas en juicio ordinario, por razón de la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en juicio verbal, igualmente en atención a la materia, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV LECiv, en otros procedimientos especiales de la propia LECiv y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y Lugano y del Reglamento CE núm. 1347/2000 habrán de ser recurridas por la vía de este ordinal tercero, lo que hace preciso que la resolución del recurso de casación presente interés casacional, bien por oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, bien por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, bien en fin, por haberse aplicado normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.*

A su vez, en cuanto atañe a la existencia de “interés casacional”, el Tribunal Supremo exige para la viabilidad de este particular y novedoso cauce impugnativo el cumplimiento de estos requisitos: a) cuando se invoca oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo “*es preciso citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuando y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas*” (auto de 29 de enero de 2002);

b) el “interés casacional” fundado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre puntos y cuestiones jurídicas resueltas por la sentencia que se pretende recurrir en casación, debe evidenciarse con la mención de “*sentencias firmes de las Audiencias Provinciales, que deberán ser dos de un mismo órgano jurisdiccional y otras dos de otro órgano diferente, siendo rechazable la enumeración masiva de resoluciones, que habrán de limitarse a cuatro por cada punto de cuestión o contradicción (dos en cada sentido) y, en el caso de citarse más, se estará a las de fecha más reciente; asimismo será necesario recoger el contenido de las sentencias, su ratio decidendi, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí*” (auto 29 de enero de 2002); y,

c) si la presencia de “interés casacional” radica en haberse aplicado al

caso norma con vigencia no superior a cinco años, el cómputo de ésta ha de efectuarse “tomando como *«dies a quo»* la fecha de su entrada en vigor, mientras que el *«dies ad quem»* será la fecha en la que se dicte la sentencia recurrida” (auto 12 de febrero de 2002).

Nada hay que objetar a que la oposición a doctrina jurisprudencial tenga que acreditarse mediante la reseña de, al menos, dos sentencias de casación que resuelvan de manera coincidente asuntos similares al debatido. Fuera de ahí, sin embargo, apenas comparto nada de la concepción del art. 477 que propugna el Tribunal Supremo.

A propósito del carácter mutuamente excluyente entre sí de los distintos supuestos contemplados por el art. 477.2 que el Alto Tribunal aprecia, el auto de 5 de febrero de 2002 –y otros muchos– sienta que “*el ordinal segundo está exclusivamente referido a los asuntos tramitados «por razón de la cuantía», mientras que el tercero es cauce para los sustanciados en atención «a la materia»*”. El Tribunal Supremo razona que ello se desprende “*del régimen general de los recursos extraordinarios, que determina la necesidad de relacionar este art. 477.2, 2º y 3º con los arts. 248, 249 y 250 de la misma Ley de Enjuiciamiento, que distinguen entre los juicios «por razón de la cuantía» y «de la materia», resultando significativo al respecto que el art. 255 supedita la impugnación prevista en el mismo a que el procedimiento sea otro o cuando de la determinación correcta de la cuantía resulte procedente el recurso de casación, siendo asimismo diferente el alcance de efectos que el art. 487 LECiv atribuye a la sentencia, según el supuesto de recurribilidad de que se trate, lo que patentiza que los cauces contemplados en el art. 477.2 son distintos e incompatibles, sin que por ello puedan los litigantes o el tribunal reconducir el escogido en el escrito preparatorio a otro diferente ordinal, siendo importante insistir y resaltar que la vía del «interés casacional» está reservada a los asuntos seguidos en atención a la materia que constituye el objeto del litigio, como por otra parte se explica en la Exposición de Motivos de la LECiv/2000, en su apartado XIV, al señalar que dicho interés casacional se objetiva «no sólo mediante el parámetro de una cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos sustanciados en atención de la materia aparezcan resueltos con infracción de la ley sustantiva, desde luego, pero, además, contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o sobre asuntos o cuestiones en las que no exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales...»;* y también el apartado XX del preámbulo, en relación con la disposición adicional segunda, se refiere a la cuantía, relacionándola con la «posibilidad de acceso a algunos recursos»,



*de ahí que esta Sala al diferenciar los supuestos de recurribilidad, y configurarlos con el reiterado carácter excluyente, en absoluto contradice la Ley 1/2000, de 7 de enero, ni fija pautas ilógicas ni arbitrarias, sino que ha establecido un criterio para la aplicación de la norma rectora del acceso al recurso de casación que es plenamente acorde con el que el propio Legislador plasmó en la Exposición de Motivos, por lo que bien puede afirmarse que la «mens legis», que es la verdaderamente relevante para aplicar la norma, coincide en este caso con la «mens legislatoris»”.*

Pues bien, la redacción del art. 477.2 nada dice acerca de que las tres hipótesis de recurribilidad que diseña resulten mutuamente incompatibles. La redacción de la norma positiva ningún apoyo gramatical ofrece a la tesis de que los campos de operatividad propios de cada uno de esos cauces de impugnación están perfectamente deslindados y separados, sin zonas donde su respectiva aplicabilidad confluya y se superponga. Es imaginable una sentencia de Audiencia Provincial que decida una reclamación indemnizatoria de cuantía superior a 150.000 € por vulneración de derechos fundamentales utilizando criterios opuestos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a los seguidos por otros tribunales provinciales. Con la vista puesta en la sola dicción legal, el intérprete debe concluir que, en situaciones de este estilo, la ley no pone obstáculos a que el recurrente escoja la vía de recurso que mejor se acomode a su conveniencia.

La cuestión sobre la posible alternatividad o, por el contrario, carácter excluyente de los distintos cauces de recurso que establece el art. 477.2 es, con todo, de trascendencia más bien teórica. Al litigante le bastará, normalmente, con que exista uno que le permita recurrir en casación. El problema grave, el de verdadera repercusión práctica, lo origina el reducido ámbito objetivo que el Tribunal Supremo atribuye al número tres del precepto, esto es, al supuesto de recurribilidad fundado en la existencia de “interés casacional” y que el Alto Tribunal limita a las sentencias dictadas en procesos sustanciados por razón de la materia. La idea conlleva el corolario de negar el acceso a la casación a los pleitos de cuantía indeterminada o de cuantía que no supere el listón mínimo de los 150.000 €, grupo numérico estadísticamente importante, si no el que más.

Los argumentos en que el Tribunal Supremo basa su postura no convencen. A falta de cualquier remisión explícita, la ligazón entre los arts. 249 y 250 y el art. 477.2.3 se halla en la mente del Supremo, no en la LEC. Nótese, de otro lado, que la interposición del recurso al amparo del número segundo del artículo es tarea fácil y exenta de complicaciones, pues depende

del mero dato de que el valor litigioso alcance la cuantía mínima legalmente determinada, sin cortapisas adicionales. La admisibilidad del cauce de “interés casacional”, por el contrario, queda sujeta a requisitos y condiciones de formalización exigentes y rigurosas, aquéllos no siempre concurrentes ni éstas sencillas de cumplir. Aquí, en esta diferencia, cobra sentido la prevención del art. 255.1, que faculta al demandado para impugnar la cuantía cuando entienda que, de ser otra que la fijada por el actor, “resultaría procedente el recurso de casación”. La importante y tajante inferencia que el Tribunal Supremo extrae de esta frase excede a las claras del modesto objetivo que persigue ese precepto. La lectura neutral de la Exposición de Motivos de la LEC, en fin, evidencia, en cuanto concierne a este capítulo, dos cosas: que el legislador desechó por irrealizable y utópica la posibilidad de abrir la casación a todas, absolutamente todas, las sentencias de segunda instancia, y su diáfana intención, empero, de “*no excluir de ella* –(sic) la casación– *ninguna materia civil o mercantil*”; de que el propósito de la LEC consiste en “*no excluir de la casación ninguna materia civil*”. La Ley aspira a robustecer la función nomofiláctica y uniformadora de la jurisprudencia, a cuyo efecto quiere que cualquier controversia jurídica de las que se dirimen ante el orden jurisdiccional civil pueda llegar a casación siempre que, por descontado, presente un “interés casacional” que lo justifique. Y este “interés” lo presenta cuando la controversia está recibiendo respuestas judiciales dispares o el conflicto debe solucionarse aplicando una norma de interpretación aún no consolidada por llevar poco tiempo vigente, situación de necesidad que puede manifestarse en cualquier clase de litigio, se sustancie por razón de la materia o por la cuantía y cualquiera que sea esta última, determinada o no.

Muy restrictiva me parece también la exigencia de invocar dos sentencias de un mismo órgano judicial de apelación y otras dos de órgano distinto que se pronuncien en sentido opuesto al objeto de acreditar que sobre un punto o cuestión concretos existe “jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”. La LEC merece aquí una censura terminológica. Designar con la voz “jurisprudencia” a las decisiones de las Audiencias Provinciales, no sólo rompe con una tradición secular que reserva el uso de esta última expresión para la doctrina del Tribunal Supremo, sino que, peor aún, entra en colisión franca –y gratuita– con el art. 1.6 del Código Civil, a cuyo tenor es jurisprudencia “la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Las Audiencias jamás han creado verdadera

jurisprudencia, y siempre se ha considerado corruptela semántica predicar dicha denominación de las resoluciones de estos órganos judiciales de instancia. El significado de la palabra en el art. 477.2 resulta, por ello, oscuro. Parece apuntar, con todo, a la necesidad de una cierta continuidad resolutoria en el enfoque con que se aplica una norma concreta, lo que privaría de interés casacional a la discordancia entre una sentencia aislada y el sentir mayoritario, del que se aparta. Pero si el cometido de la función casacional estriba en unificar la interpretación de la norma por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, el hecho de que haya dos líneas aplicativas contrapuestas seguidas cada una por, al menos, dos sentencias, ya evidencia la existencia de unos criterios judiciales estables y dispares sobre un misma cuestión jurídica que reclama la intervención unificadora del tribunal de casación para terminar con la incertidumbre, aunque tales sentencias procedan de órganos provinciales diversos. La sentencia susceptible de recurso ya lo sería entonces la cuarta en dictarse, si ésta es la segunda que ratifica la dirección interpretativa discrepante encabezada por otra sentencia anterior.

No está de más indicar que el Tribunal Supremo acepta también la hipótesis de que la sentencia recurrible sea la cuarta, aunque siempre manteniendo la imposición de que las sentencias en contraste provengan de los mismos órganos jurisdiccionales. El auto de 18 de septiembre de 2001 señala así que *“es preciso mencionar dos sentencias de una misma Audiencia o Sección de una Audiencia Provincial y otras dos de diferente Audiencia o Sección que hayan resuelto la misma cuestión en sentido contrario, siendo posible, eso sí, que la discrepancia exista entre la misma Audiencia o Sección que dictó la sentencia recurrida y otro órgano jurisdiccional de igual grado, en cuyo caso bastará con citar otra sentencia coincidente con la recurrida, de la misma Audiencia o Sección y otras dos discordantes de una Audiencia o Sección distinta”*.

Finalmente, en relación con el último supuesto constitutivo de interés casacional, la aplicación de norma que no lleve en vigor cinco años, el cómputo de este plazo no plantea dificultad ninguna: el día inicial es aquél en que la norma cobró vigencia, y el final coincidirá con la misma fecha del quinto año siguiente (art. 133.3). El problema surge al determinar qué ha de entenderse por momento en que se aplica la nueva norma; extremo que sólo si acaece dentro del lapso temporal de los cinco años abre paso al recurso de casación. Las opciones teóricas imaginables son varias: la fecha en que se produjeron los hechos que conforman el supuesto normativo; la de

presentación de la demanda; la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia; la fecha de la sentencia de apelación e, inclusive, la de preparación del recurso.

La literalidad del artículo proporciona, hay que reconocerlo, argumento a favor de la fecha de la sentencia de apelación, ya que dice que existe interés casacional “cuando la sentencia recurrida (...) aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor”. Este es el punto de vista acogido por el Tribunal Supremo. Ha de observarse, empero, que el precepto no añade de manera expresa que esos cinco años no deben llevarse en el instante preciso en que la sentencia de segunda instancia se dicta. La solución del Tribunal Supremo tropieza, además, con la objeción poderosa de que hace depender la recurribilidad de la sentencia en casación y, acaso, la misma suerte final de la situación jurídica en litigio, de variables aleatorias, ajenas algunas al actuar de los litigantes, y hasta manipulables, como son la mayor o menor rapidez con que el proceso se tramita y se resuelve en las dos instancias y la datación misma de la sentencia de la Audiencia. Los recelos y agravios a que esto puede dar lugar son evidentes. Por ello, el único criterio firme y razonable de apreciar la concurrencia del requisito consiste en atender a la fecha de interposición de la demanda, directa o reconventional. Es entonces cuando el actor solicita del órgano judicial que le preste tutela haciendo efectiva la norma de que se trate, y es entonces cuando la litispendencia produce su efecto de perpetuación de los presupuestos del proceso y cuando deberían quedar asimismo fijadas las condiciones de recurribilidad de la resolución judicial definitiva. ¿Qué razón explica que la discusión sobre la cuantía litigiosa deba solventarse al inicio de la primera instancia con la mira puesta en un futuro y eventual recurso de casación, según dispone el art. 255, y haya que aguardar en cambio a que recaiga sentencia en la segunda para establecer si la casación deviene o no factible en función de un rasgo específico de la norma que rige la controversia?. Retrasando tanto el momento relevante de aplicación de la norma la efectividad de esta singular vía de acceso a la casación quedará, además, muy menguada. Nada raro será, en efecto, que cuando la sentencia de apelación se dicte hayan transcurrido más de cinco años desde la entrada en vigor de la nueva norma, entre el tiempo que medie desde que adquiere vigencia hasta que la situación conflictiva entre los interesados se produzca, el que se tarde en promover el litigio y el que consuma la tramitación y resolución sucesiva del pleito por Juzgado y Audiencia. Otra innovación, pues, de la LEC que corre serio riesgo de devenir inútil.

Concluyo: a mi parecer, los diversos cauces de impugnación que contempla la LEC no se excluyen entre sí y la parte puede escoger entre ellos el que prefiera. Todas las sentencias de apelación son recurribles en casación por el cauce del art. 477.2.3º, sea cual sea el tipo de pleito en que recaigan y la cuantía del mismo, con tal de que la resolución del recurso presente interés casacional. Cuando para acreditar la concurrencia de este requisito se invoca la existencia de resoluciones de Audiencias Provinciales contradictorias, basta con alegar dos en una dirección y otra, más la recurrida, de dirección distinta, siendo indiferente que sean distintos los órganos jurisdiccionales autores respectivos de cada una de ellas. La fecha clave, a su vez, que determina cuando se aplica la norma nueva y, por tanto, la recurribilidad en casación o no de la sentencia de segunda instancia es aquella en que la demanda se presenta.

Para finalizar, una observación acompañada de una pregunta: si resulta que la temática relativa a la carga de la prueba pertenece a la esfera del recurso extraordinario por infracción procesal y no a la casación; si queda marginada de este último recurso la masa enorme de pleitos que se ventilan como de cuantía indeterminada o por cuantía determinada inferior a la cifra de 150.000 º; y si en los pleitos que se sustancian por razón de la materia la acreditación de que revisten interés casacional tiene que satisfacer las estrictas y severas exigencias que establece el Tribunal Supremo, ocurrirá que el ámbito objetivo del recurso de casación en la nueva LEC acabará siendo, al cabo, mucho más reducido que el que tenía en LEC derogada. ¿Tan mal y torpemente ha traducido el legislador en normas positivas su confesado y paladino propósito de no excluir de dicho recurso ninguna materia civil o mercantil?.

### **Los supuestos de recurribilidad en la casación civil autonómica**

Los tres distintos cauces de recurribilidad en casación que propone el art. 477.2 rigen también, en principio, para interponer los recursos competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Cuanto se ha comentado hasta ahora acerca de las disposiciones del referido precepto también es predicable, por tanto, respecto de estos otros recursos. Claro que el supuesto primero, –“id est”, las sentencias que resuelvan pretensiones de tutela judicial civil de derechos fundamentales–, difícilmente cobrará efectividad ante los tribunales de casación autonómica. La casación fundada

en infracción de precepto constitucional es atribución exclusiva del Tribunal Supremo por mandato expreso del art. 5.4 de la LOPJ. Alguna duda competencial podría plantear, con todo, la hipótesis, rara sin duda, de que el recurso acompañe la denuncia de vulneración del derecho fundamental con algún motivo que alegue infracción de norma de derecho civil privativo. Si se considera aún vigente la regla del art. 1.732 de la LEC derogada, el Tribunal Supremo, caso de desestimar el motivo por infracción de precepto constitucional, debería remitir entonces las actuaciones al Tribunal Superior oportuno para que éste se pronuncie sobre el motivo de contenido autonómico. Mas lo evidente es que, en cualquier caso y mientras la norma de la LOPJ sobreviva, el conocimiento de esta clase de recursos corresponde siempre, en primer término, al Tribunal Supremo.

El recurso de casación, en definitiva, puede llegar a los Tribunales Superiores por dos vías impugnativas: por hallarse determinada la cuantía litigiosa y exceder de 150.000 € y por revestir el recurso “interés casacional”. La particularidad que presenta la regulación del acceso a la casación civil autonómica reside en la configuración singular que la LEC proporciona aquí al elemento del “interés casacional”. El párrafo segundo del art. 477.3 determina, en efecto, que “Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

Así pues, en este orden de recursos el “interés casacional” que justifica la admisibilidad de los mismos aparece en una doble situación: cuando la sentencia recurrida contradiga doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior o cuando no haya doctrina jurisprudencial de este último.

Importa resaltar el dato de que la doctrina a la que se refiere el precepto es, en ambos casos, única y precisamente la forjada por el propio Tribunal Superior sobre las normas de Derecho especial de la correspondiente Comunidad Autónoma. De aquí se derivan dos consecuencias de relevancia. De una parte, que para fundamentar el recurso no resulta factible alegar como vulnerada la doctrina que, eventualmente, emane de las sentencias en que el Tribunal Supremo haya aplicado tales normas. Y, de otra, que la existencia de doctrina de este último Tribunal no desvirtúa la circunstancia de que el Tribunal Superior no la tenga; sólo factor que éste debe controlar en punto a decidir sobre la viabilidad procesal del recurso. Y

aún cabría añadir una tercera, de no menor significado: que en el ejercicio de su función casacional específica el Tribunal Superior de Justicia no se halla vinculado ni condicionado por la jurisprudencia que el Tribunal Supremo pueda haber establecido con anterioridad.

La LEC reafirma de esta suerte que en materia de Derecho Civil privativo de las Comunidades Autónomas no hay más doctrina jurisprudencial auténtica que la que sienta en casación el Tribunal Superior de Justicia respectivo. Se trata de conclusión obligada que se infiere de las previsiones de los Estatutos de Autonomía que asignan el conocimiento del recurso de casación a los Tribunales Superiores y del art. 73.1 a) de la LOPJ, correlatas a su vez de la competencia legislativa exclusiva que la Constitución reconoce a determinadas Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar sus derechos civiles propios. Por ende, desde una perspectiva donde se integren, respeten y armonicen las distintas instituciones en que se organiza el poder del Estado, parece lógico y exigencia inexcusable de lealtad mutua que a esa doctrina acomoden sus decisiones los órganos jurisdiccionales de fuera de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su rango, si les llega la necesidad de aplicar normativa particular de esta última.

El deber alcanza también al Tribunal Supremo. El fenómeno es infrecuente, mas hay situaciones en que, por virtud del juego de las reglas del art. 478.1, recae sobre dicho Tribunal la competencia para resolver recursos de casación sustentados en la infracción de normas de Derecho Civil privativo de una Comunidad Autónoma; lo cual acaece cuando el litigio se tramita ante órganos judiciales no radicados en esa Comunidad. En los anteriormente citados autos de 22 de septiembre de 2000 y 6 de marzo y 3 de mayo de 2001 el Alto Tribunal reivindica para sí en tales supuestos la posibilidad de formar jurisprudencia que complemente los ordenamientos civiles privativos. A mi entender, empero, la cuestión de si el Tribunal Supremo conserva en la actualidad capacidad para crear jurisprudencia en relación con los derechos civiles autonómicos sólo admite respuesta negativa. La postura contraria implica aceptar la simultaneidad de dos fuentes creadoras de doctrina jurisprudencial, acaso divergentes, auténtica anomalía que contradice de lleno la finalidad unificadora de la aplicación de la norma consustancial al instituto del recurso de casación. Los Estatutos de Autonomía y la LOPJ, —conviene insistir una vez más—, sitúan la sede natural de la casación autonómica en el respectivo Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma correspondiente, y ante dicho tribunal la única

doctrina invocable por ley es la suya propia. La competencia del Tribunal Supremo, en cambio, se presenta en este campo como de naturaleza excepcional y esporádica. La única jurisprudencia en materia de derecho civil privativo que debe subsistir y, en todo caso, prevalecer si se produce conflicto de doctrinas, es la que establece el Tribunal Superior de Justicia.

Así, en la hipótesis de que el recurso se entable ante el Tribunal Supremo por vía de los cauces que contemplan los ordinales primero y segundo del art. 477.2, puede ocurrir que sobre la cuestión planteada todavía falte jurisprudencia propia del Tribunal Superior. En tal hipótesis, lo que acuerde el Tribunal Supremo no liga al Tribunal Superior cuando en el futuro se le suscite el problema. De hecho, el criterio decisorio de aquél ni siquiera sirve para fundar el motivo de casación ante éste, conforme se desprende del tenor literal del párrafo segundo del art. 477.3. Pero si la jurisprudencia del Tribunal Superior ya existe, el motivo que se formalice ante el Tribunal Supremo debe invocar la infracción de dicha doctrina casacional y el Supremo, contrastar con ella la decisión del órgano judicial de instancia. Actuando de otro modo se desconoce la unidad del Estado y se causa la grave distorsión de que la misma norma se interprete y aplique de diferente manera en el territorio de la Comunidad Autónoma a cuyo ordenamiento peculiar pertenece y fuera del mismo.

En cuanto a los recursos que pretendan interponerse ante el Tribunal Supremo al amparo del tercer supuesto de recurribilidad, esto es, por presentar “interés casacional”, la duda estriba, no tanto en si cabe que el recurrente lo fundamente en vulneración de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Superior de Justicia oportuno, sino en si se trata de una hipótesis en que, simplemente, no se da recurso de casación. Esta última opción parece preferible. La función de la casación consiste en formar jurisprudencia y, respecto de las normas de Derecho Civil privativo, ese cometido ya no le incumbe al Tribunal Supremo. Aún más; con arreglo al párrafo primero del art. 477.3, el “interés casacional” invocable en los recursos que corresponden al Tribunal Supremo se manifiesta en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de dicho Tribunal. Mas entonces, y por las razones expuestas, carece de sentido que el recurrente alegue el desconocimiento de la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo cuando era el único órgano competente para resolver el recurso de casación basado en la infracción de esas normas civiles privativas, ya que ahora no compete al citado Tribunal ratificar su anterior doctrina relativa a esas normas ni rectificarla.



Por lo demás, es clara la explicación del porqué en esta categoría de recursos basta para acceder a casación con el mero hecho de que no exista doctrina jurisprudencial previa. Los ordenamientos civiles autonómicos se encuentran en pleno desarrollo y evolución y están por ello más necesitados que cualquier otro de pronunciamientos jurisdiccionales que armonicen y clarifiquen la interpretación de sus disposiciones.

Debe advertirse, en fin, que la admisión de estos recursos por los Tribunales Superiores de Justicia puede obtenerse también con apoyo en los otros criterios legales indicativos de presencia de interés casacional: la contradicción entre sentencias de Audiencias Provinciales y que la norma supuestamente infringida no lleve todavía más de cinco años en vigor. Sin embargo, la utilidad práctica de ambos será escasa por ahora, al menos en lo que atañe a ordenamientos civiles como el balear, donde la labor casacional del Tribunal Superior de Justicia todavía es parca, desde el momento en que la inexistencia de doctrina jurisprudencial constituye “per se” factor con virtualidad suficiente para habilitar el planteamiento del recurso.

La conclusión que se obtiene de todo lo dicho hasta ahora es diáfana: el ámbito de la casación civil autonómica es mucho más amplio y abierto que el de la común. Si, además, frente a la opinión que sustenta el Tribunal Supremo, se acepta el criterio de que el cauce del interés casacional no queda limitado a los procesos que presentan especialidades por razón de su objeto, sino que puede utilizarse cualquiera que sea el tipo de pleito en el que se dicta la sentencia de segunda instancia, resulta entonces que la gran mayoría de litigios donde entren en juego normas civiles privativas son susceptibles de llegar al grado de casación sin más que el recurrente alegue una de tales normas como infringidas. Al menos por ahora, en tanto el Tribunal Superior no vaya formando su propio cuerpo de jurisprudencia, posibilidad que, de momento, se vislumbra lejana.

### **La preparación del recurso de casación**

La preparación es el acto por el que la parte disconforme con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial manifiesta su voluntad de recurrirla en casación. Se lleva a cabo por medio de un escrito que, si se presenta en plazo, –dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia (art. 479.1)–, y satisface los requisitos de forma que la Ley establece, impide la producción del efecto de cosa juzgada formal (art. 207.4)

y da inicio a la sustanciación del recurso. El escrito se presenta ante la Audiencia Provincial que pronunció la resolución de que se trate. Aunque la LEC nada diga, dicho escrito se dirigirá a la Audiencia, declarará la intención de la parte de recurrir y, además, de que lo hace en casación, toda vez que, en ese instante, existe la alternativa de acudir al recurso extraordinario por infracción procesal. El escrito, asimismo, habrá de mencionar el tribunal que la parte considera competente para resolver el recurso.

En la LEC anterior la finalidad del trámite apenas si era otra que poner de relieve el propósito de recurrir. Ciertamente que el antiguo art. 1.694 ordenaba que el escrito de preparación, además de expresar dicha voluntad impugnativa, expusiera de manera sucinta la concurrencia de los requisitos exigidos para la viabilidad del recurso. Era criterio unánime, con todo, que tal exposición constituía una mera formalidad irrelevante que no comportaba obligación alguna de adelantar la fundamentación del recurso, tarea que quedaba reservada para el escrito de interposición. Esta opinión, sin embargo, no puede mantenerse ya respecto del nuevo art. 479. El precepto, a diferencia de su predecesor, fija en términos imperativos un contenido mínimo de alegaciones que debe llenar el escrito de preparación en consonancia con cada uno de los distintos supuestos legales de recurribilidad; contenido que, siquiera en el supuesto de que se recurra invocando la existencia de interés casacional, implica la carga de anticipar en este momento la esencia de la impugnación futura. Esto es así porque en esta última variante de casación recurribilidad y motivo de recurso van unidos, y de ahí la interrelación que por fuerza media entre los actos de preparación y de interposición.

¿Tienen justificación las exigencias del art. 479?. Veamos. Frente a la sentencia de la Audiencia se les ofrece a las partes la posibilidad de ejercitar, en efecto, dos recursos extraordinarios y hasta tres, cuando, además de los de por infracción procesal y de casación ante el Tribunal Supremo, cabe casación ante un Tribunal Superior de Justicia. En una situación de concurrencia de pluralidad de instrumentos impugnativos, obligar al recurrente a que en el acto de preparación avance el motivo de su recurso contribuye a aclarar el signo de la opción que toma. Ahora bien, la cautela legal resulta comprensible si, como concebía el Anteproyecto de la LEC, la fase de interposición del recurso se desarrolla ante el tribunal “ad quem”, dado que, en tal hipótesis, la Audiencia ha de determinar el tribunal competente al que remitir las actuaciones y ante quien emplazar a los

litigantes sobre la sola base del escrito de preparación. Gran parte de esta utilidad desaparece, empero, cuando el acto de interposición se efectúa también ante la propia Audiencia, sistema que al final acoge la LEC, pues este otro escrito proporciona de suyo al órgano judicial todos los elementos de juicio indispensables para despejar cualquier eventual duda que pudiera abrigar sobre aquel extremo. De ahí que, si bien resulta claro el mandato de que en la preparación se apunten las razones de la impugnación futura, el cumplimiento de los requisitos previstos en los apartados segundo y tercero del art. 479 deba, no obstante, valorarse con flexibilidad so pena de convertirlos en obstáculos enervantes contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva. En cambio, los requisitos para la preparación del recurso fundado en la existencia de interés casacional han de respetarse de manera estricta y su presencia efectiva vigilarse con rigor. Se trata de consecuencia obligada del dato de que el interés casacional aparece en función directa y necesaria del fundamento del recurso; de que dicho interés constituye presupuesto de la viabilidad procesal del recurso de modo que ha de existir en el momento en que éste se entabla; y de que la concurrencia, aun indiciaria, de ese interés, como la de los demás presupuestos de que depende la recurribilidad de la sentencia, ha de poderse apreciar en la fase de preparación a fin de denegarla, caso negativo.

La preparación del recurso en el supuesto del apartado segundo del art. 479.2 –procesos de tutela de derechos fundamentales– es aspecto carente de relevancia en el estudio de la casación civil autonómica, ya que el conocimiento de estas impugnaciones corresponde en toda circunstancia el Tribunal Supremo.

Sí la reviste, por el contrario, el apartado tercero, es decir, el de los recursos que se entablen contra sentencia recaída en pleito de cuantía determinada y superior a 150.000 €. En tal caso, el referido apartado tercero del art. 479.2 prescribe que el escrito de preparación indique la infracción legal que se considere cometida. La ley lo quiere expresamente, pero el propósito que persigue con ello no se capta con facilidad: ni, a falta de una disposición legal tajante que lo imponga, es dable sostener que la cita de la infracción legal vincula al recurrente a la hora de formalizar el recurso, ni la mayor o menor potencialidad de la denuncia cara al éxito final de la impugnación influye en que el recurso se deba tener o no por preparado. El deber de la Audiencia de decidir acerca de la preparación del recurso no conlleva, desde luego, facultad alguna que le autorice a evaluar la solidez y prosperabilidad de sus fundamentos.

Cuando el recurso se encauza por la vía del interés casacional, el art. 479.4 ordena que el escrito de preparación contenga dos extremos: la infracción legal que se estima producida, y las sentencias que ponen de manifiesto la doctrina jurisprudencial o la jurisprudencia contradictoria en que dicho interés se funda. La insuficiencia de esta regulación positiva salta a la vista. El artículo se olvida de regular el contenido que debe poseer dicho escrito en la doble hipótesis de que el interés casacional lo determine la aplicación en la instancia de una norma de no más de cinco años de vigencia o bien la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia competente. Tampoco especifica nada acerca de las condiciones que confieren a las sentencias idoneidad para ser invocadas en este trámite como opuestas a la que se recurre. Este silencio obliga al intérprete a intervenir para llenarlo, a cuyo efecto es preciso diferenciar las distintas situaciones posibles, aunque recalcando, eso sí, que en todas y cada una de ellas resulta inexcusable que el escrito de preparación explicita la norma legal que el recurrente reputa infringida.

Si –hablando siempre, claro está, de la casación civil autonómica–, el interés casacional reside en la oposición de la sentencia recurrida con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia, el escrito de preparación deberá citar dos sentencias de este último, cuando menos, que sienten y apliquen la doctrina que el recurrente valora como desatendida, así como expresar el punto o puntos concretos donde se produce la contradicción. La mera reseña de unas sentencias no basta para evidenciar –“poner de manifiesto”, en las palabras que emplea el art. 479.4– que divergen de la recurrida, ni incumbe a la Audiencia indagar cuál es la sustancia de la contradicción que se afirma existente y sí sólo constatar su realidad.

En cambio, caso de alegarse inexistencia en la materia litigiosa de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior, será suficiente con exponer esta circunstancia. Nótese que esa inexistencia se da aun cuando la cuestión ya haya sido abordada, analizada y decidida por una sentencia del órgano de casación. Una sola sentencia no forma jurisprudencia, al igual que tampoco la forman los razonamientos “obiter dicta”, esto es, los que no constituyen fundamento del fallo o “ratio decidendi”.

En cuanto a las sentencias de las Audiencias Provinciales hábiles para poner de relieve la discrepancia con la recurrida, si tal es la modalidad de “interés casacional” que escoge el recurrente, el escrito de preparación ha de citar sólo sentencias firmes. La cualidad de firmeza es de lógica, –la decisión

de un pleito sólo produce efectos “inter partes”—, y su necesidad se infiere, por otro lado, del art. 487.3, a cuyo tenor “los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado”. Sólo las sentencias firmes producen cosa juzgada y, por tanto, sólo respecto de ellas adquiere sentido la advertencia legal.

Es también requerimiento del escrito que describa de manera sucinta donde radica la discrepancia judicial que aduce. Como señala el ATS de 29 de enero de 2002 *“será necesario recoger el contenido de las sentencias, su ratio decidendi, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí”*.

Por último, si el recurso se prepara al amparo del inciso final del párrafo primero del art. 477.3, el mutismo del art. 479.4 no impide concluir que el escrito de preparación, como mínimo y por analogía con los otros casos que éste sí contempla, deberá indicar la infracción legal que se considera cometida y alegar que existe interés casacional en la resolución del recurso porque la norma en cuestión aún no ha cumplido cinco años de vigencia y no existe doctrina jurisprudencial establecida que se refiera a norma anterior o de similar contenido. Pero ni en ésta, ni en ninguna de las otras modalidades de recurso por interés casacional, será menester que, al margen de ahí, el escrito desarrolle razonamiento complementario alguno.

A la Audiencia corresponde controlar que el recurso de casación ha sido preparado eficazmente: contra resolución que lo permita, dentro de tiempo hábil y mediante escrito formalizado con sujeción a las prevenciones que la LEC determina para el trámite. Si estima que el acto reúne todos los requisitos exigidos, incluido, desde luego y en su caso, que se desprenda del escrito la existencia de efectiva oposición entre decisiones judiciales, dictará providencia teniendo por preparado el recurso. El art. 480.2 declara el carácter irrecurrible de esta providencia. Se trata de precaución legal laudable. Los órganos judiciales de instancia carecen de facultades para revisar y dejar sin efecto la admisión a trámite de los recursos devolutivos que se formulan contra sus propias resoluciones, no obstante lo cual, estaba bastante generalizada la corruptela de que lo hicieran. Será al comparecer ante el tribunal de casación cuando la parte recurrida tenga ocasión de alegar cuanto considere oportuno en contra de la admisión del recurso.

Si, por el contrario, la Audiencia Provincial aprecia la ausencia de los requisitos de los que depende la válida preparación del recurso, dictará auto rechazándolo, conforme dispone el art. 480.1. Ahora bien, la nueva LEC consagra en su art. 231 el principio de subsanación de los defectos en que incurran los actos procesales de parte, en línea con el art. 11.3 de la LOPJ. Las deficiencias en la preparación del recurso suscitan así el problema de determinar cuáles son subsanables y cuáles no. No resulta acorde con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva rechazar el recurso por causa de faltas del primer tipo sin antes haber concedido al recurrente oportunidad de remediarlas.

Hay defectos de la preparación insubsanables de raíz, como son impugnar una resolución intrínsecamente irrecurrible, –un auto o la sentencia a que se refiere el art. 505– o presentar el escrito fuera de plazo (art. 136). Otros, en cambio, admiten subsanación; unas veces, porque la Ley expresamente la consiente, caso del art. 449.6 respecto de la falta de acreditación documental de haberse llenado los requisitos que el mismo art. 449 estatuye; otras, porque, en función de su escasa monta o de que su presumible origen está en un mero descuido o un error material, la permite su particular índole, como sucede con la omisión de firma de letrado o de procurador. La duda se suscita, principalmente, en relación con la inobservancia en el escrito de preparación de las prescripciones que para su confección detalla el art. 479.

El desconocimiento de los diversos requisitos que establece este artículo no puede recibir idéntico tratamiento a efectos de subsanabilidad. Es necesario diferenciar entre el incumplimiento de los requisitos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo y los que afectan a los requisitos de preparación del recurso que aduce existencia de interés casacional.

Los primeros, esto es, los defectos que consisten en la inobservancia de las exigencias específicas de forma requeridas para preparar el recurso contra sentencias de las enunciadas en los números 1 y 2 del art. 477.2, deben calificarse de subsanables. En ambos supuestos, los elementos determinantes del carácter recurrible en casación de la sentencia son ajenos, tanto a la sentencia misma como al fundamento de la impugnación, y se anudan, en el caso del art. 479.2, al objeto singular del proceso, y en el caso del número 3 de este artículo, a una concreta cuantía litigiosa. La importancia de pormenorizar en el escrito de preparación la vulneración del derecho fundamental o la infracción legal que se consideran cometidas queda, por eso, muy relativizada en este preciso trámite ni, consiguiente-

mente, hay razón para sostener que esas alegaciones delimitan de algún modo las bases sobre las que más tarde, en el escrito de interposición, se estructurará el recurso. La ausencia de tales exposiciones o su mención defectuosa escasamente entorpecen que el acto de preparación alcance su fin: manifestar en tiempo hábil la voluntad de la parte de recurrir en casación una resolución judicial susceptible de este recurso. La interpretación y aplicación de cualquier norma jurídica ha de guiarse, de manera primordial, por su “ratio”, por la finalidad que la inspira. También las normas procesales, por lo que la infracción de su dictado no se puede enjuiciar ni sancionar desde una óptica distinta. Otro criterio supone retroceder al puro y vacuo formulismo proscrito por la Constitución. La LEC, con todo, obliga con claridad a que las referidas exposición o indicación se realicen. Por tanto, si el escrito de preparación las silencia, habrá de concederse a la parte plazo para que corrija la deficiencia en aplicación del art. 231; y sólo si ni siquiera entonces las cumple, podrá acordarse el rechazo del recurso.

Cosa muy distinta se da con los recursos de los que se predica la existencia de interés casacional. En ellos la recurribilidad de la sentencia —debe insistirse de nuevo— se supedita a unos concretos motivos de impugnación. Otros distintos pueden hacer inviable el recurso. En otras palabras: la sentencia sólo accede a la casación en la medida en que la cuestión objeto del recurso presenta interés casacional, bien por haber sido judicialmente resuelta de manera contradictoria, bien por el carácter novedoso de la norma que la rige. Este interés, por lo tanto, forma parte del conjunto de presupuestos que condicionan la sustanciación del recurso, e incumbe al recurrente la carga de afirmarlo y acreditarlo en el momento en que el recurso se ejercita. De ahí que resulte imprescindible que el escrito de preparación identifique, aun de manera somera, qué propone la parte como materia del recurso. Y de ahí también que esta alegación prefigure la pretensión impugnativa la cual, si bien no cobrará forma definitiva hasta el escrito de interposición, ya no podrá desvincularse de aquélla ni variar de fundamento. En consecuencia, la falta de expresión, al preparar el recurso, de indicaciones y datos valorables como interés casacional constituye un defecto tan insubsanable como lo son la presentación del escrito fuera de plazo o que el recurso se entable contra una resolución judicial distinta de una sentencia; y otorgar ocasión de subsanarlo, equivaldría a prorrogar un plazo para recurrir que de suyo no lo es. Por lo que, en suma, el incumplimiento de lo que dispone el art. 479.4 en orden a acreditar la existencia efectiva de interés casacional o la denuncia de haberse infringido una norma que lleva más de cinco años de vigencia, son circunstancias que

conlleven que se repela el recurso sin más.

El auto que deniega tener preparado el recurso de casación es susceptible de recurso de queja, el cual se interpondrá y tramitará conforme prescribe el art. 495 de la LEC. En el supuesto de que diversas partes hayan preparado otros tantos recursos de casación y la Audiencia Provincial entienda que procede tener por preparados unos pero no otros, resolverá sobre todos ellos por medio de auto, el cual será recurrible en queja en cuanto a la denegación atañe e irrecurrible en lo demás.

## **Interposición del recurso**

La interposición del recurso se caracteriza por ser el acto mediante el cual el recurrente fija, de manera definitiva e inmutable, el contenido de la pretensión casacional que deduce contra la sentencia de la Audiencia Provincial. Su papel, desde esta perspectiva, es parangonable al que despliega la demanda; y si se efectúa en tiempo, impone al tribunal de casación el deber de pronunciarse, primero sobre la admisibilidad procesal de la pretensión impugnativa, y luego, caso afirmativo, sobre el fondo de la misma.

El trámite lo disciplina en la actualidad el art. 481. En la normativa de este precepto, comparada con la regulación de la LEC derogada, hay tres aspectos resaltables. Primeramente, que la interposición se lleva a cabo ante la propia Audiencia y no ante el tribunal de casación, con lo cual se favorece indudablemente y se simplifica el ejercicio del recurso. En segundo término, la acertada medida de eliminar el depósito que el antiguo art. 1.703 obligaba a constituir cuando las sentencias recaídas en ambas instancias eran conformes de toda conformidad y que había devenido en requisito carente de cualquier eficacia disuasoria del recurrente temerario. Y, por último, el acentuado aformalismo con que la LEC configura el acto, continuando de este modo la tendencia emprendida por las modificaciones más recientes que se practicaron en la LEC de 1881. Así lo muestra que, mientras el art. 1.707 anterior todavía requería, tras la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que el escrito expresara el motivo o motivos en que se amparaba el recurso, citara las normas o la jurisprudencia infringidas y razonara la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con cada motivo, el art. 481 se contenta con exigir, como regla general, que exponga los fundamentos del recurso con la extensión necesaria.



El contenido del escrito de interposición suscita, sobre todo, la cuestión relativa al grado en que lo condicionan las alegaciones que la parte hizo al preparar el recurso. De nuevo hay que distinguir entre las distintas hipótesis de recurribilidad.

En las que contemplan los apartados primero y segundo del art. 477.2 las manifestaciones del escrito de preparación no vinculan al acto de interposición. Éste último puede apoyar la petición revocatoria en la infracción legal que el recurrente adujo entonces, sola o junto con otras nuevas, o, inclusive, sólo en otras distintas. Ningún precepto positivo prescribe la correspondencia estricta entre la motivación efectiva del recurso y la que se expuso al prepararlo, ni la mención de los fundamentos del recurso cumple en la preparación papel significativo alguno en la producción de los efectos propios del referido trámite. Si la doctrina constitucional ha calificado de contrario al art. 24 de la Constitución el principio de unidad de alegaciones entre preparación e interposición en la casación penal (SSTC 98/1991, 240/1991, 181/1993.), nada justifica apartarse de ese criterio en cuanto concierne a aquellos dos concretos supuestos de la casación civil.

En cambio, cuando el recurso se ampara en la existencia de interés casacional (art. 477.3) la solución forzosamente tiene que ser distinta. En todos esos casos, en efecto, los elementos constitutivos de la pretensión impugnativa quedan prefijados en el escrito de preparación y no toleran modificación ulterior. El recurso, aquí, no puede versar sino sobre un objeto que, por presentar interés casacional, lo haga merecedor de recibir un pronunciamiento unificador, clarificador, del tribunal de casación. Y la esencia de ese objeto preciso ha de exponerse en el momento de preparar el recurso, pues, en su defecto, no habría modo de valorar en tal instante el carácter, recurrible o no, de la sentencia de la Audiencia. Sustituirlo más tarde por otro, o ampliar la primitiva base impugnatoria introduciendo fundamentos nuevos, implicaría tanto como plantear un nuevo recurso al que se le ha hurtado el preceptivo tamiz previo de la preparación. Entre preparación e interposición media, pues, en estas situaciones específicas, una continuidad fundamentadora que no es lícito romper. De esta suerte lo ha estimado también la jurisprudencia del orden laboral, sentado el criterio de que, en la casación para unificación de doctrina, la parte no puede alterar en el escrito de interposición los datos exigidos en la identificación de la contradicción producida en la sentencia dictada, a exponer de modo sucinto en la preparación y a desarrollar después en la formalización del recurso.

Por lo demás, los “fundamentos” o razones jurídicas a que alude el art. 481.1 equivalen a los antiguos “motivos” de recurso, que se exponían y desarrollaban separadamente. En todo caso, debe hacerse hincapié una vez más en que, cualquiera que sea la modalidad del instituto de la nueva casación civil que se utilice, el escrito de interposición por fuerza ha de expresar qué norma o normas legales el recurrente considera infringidas. El requisito se infiere de los arts. 477 y 479 y su inobservancia dejaría al alegato casacional vacío de la sustancia específica de este recurso: depurar las normas aplicadas para resolver las cuestiones objeto del litigio.

Si la viabilidad del recurso se acoge a la existencia de interés casacional en sus clases de oposición a doctrina jurisprudencial o a decisiones precedentes de Audiencias, resulta obligado que el escrito reseñe las sentencias que pongan de relieve la existencia de la contradicción. En la casación para unificación de doctrina propia del ámbito laboral la Sala 4ª del Tribunal Supremo sigue en este particular un criterio muy estricto, exigiendo que las sentencias citadas como contradictorias en el escrito de preparación sean, justamente, las que se utilicen en el posterior escrito de formalización, con la consecuencia, pues, de no reconocer operatividad a estos efectos a aquellas sentencias mencionadas en el escrito de formalización que no lo hubieran sido en el de preparación. Sin embargo, mientras la cuestión que propone el recurso no varíe, parece en exceso riguroso impedir que el escrito de interposición se apoye en sentencias distintas de las mencionadas en la preparación si resultan más expresivas y convincentes en la defensa de su postura que éstas.

Junto a la necesaria cita de la norma vulnerada y de las sentencias de contraste, el repetido escrito debe exponer, con la amplitud que el recurrente desee, los argumentos y razones que juzgue útiles para demostrar que la infracción legal se cometió, y también, en los supuestos de recurso por interés casacional, que dicho interés concurre. El art. 481.3 requiere directamente esto último cuando el acceso a la casación se intenta alegando que la norma infringida no lleva más de cinco años en vigor, pero es obvio que la argumentación del tema no puede eludirse en los demás casos.

Sobre la forma de la exposición el art. 481 nada prevé. La estructura del escrito, así pues, es libre, aunque siempre habrá de respetar un nivel mínimo de claridad y precisión en el planteamiento de las cuestiones, imprescindibles para poder proporcionar a la pretensión del recurrente una respuesta judicial correlativa y no ocasionar indefensión a la parte adversa. La casación es un recurso de naturaleza extraordinaria, más patente si

cabe en la variante de interés casacional, en el cual la impugnación tiene que recaer sobre temas o problemas jurídicos singulares, concretos y suficientemente individualizados. Por ello, sigue conservando plena validez la inveterada doctrina jurisprudencial que niega la admisibilidad de los motivos de recurso en que se acumula la cita de preceptos legales heterogéneos, o en que se entremezclan de modo indiscriminado cuestiones de índole diversa que deben proponerse en motivos separados por corresponderle a cada una razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación. Ahora bien, estas deficiencias formales sólo obstan a la admisión del motivo en la sola y exclusiva medida en que enturbian su inteligibilidad en tal grado que no puede saberse con exactitud cuál es el objeto de la denuncia, Si, pese a ellas, el contenido del motivo se capta con suficiente seguridad, la irregularidad carece de mayor trascendencia.

En la configuración definitiva de la pretensión casacional deben tenerse en cuenta, además, otras declaraciones jurisprudenciales que, en la actual LEC, mantienen su virtualidad en tanto que son consecuencia inherente de los límites de alegación que impone el propio recurso. Pueden recordarse entre ellas las siguientes:

- a) No cabe alzarse en casación contra aquellos extremos que fueron consentidos al apelar y que, por ello, ganaron firmeza.
- b) Al recurrir hay que respetar la base fáctica establecida en la instancia. No es lícito hacer supuesto de la cuestión, dando por acreditados hechos distintos de los fijados o tenidos en cuenta por la sentencia recurrida.
- c) En el recurso de casación no se pueden plantear cuestiones nuevas, ya que alteran el objeto de la controversia, atentan a los principios de preclusión e igualdad de partes y producen indefensión al litigante adverso.
- d) No pueden denunciarse como infringidos preceptos no invocados por las partes en sus escritos de alegaciones ni aplicados en las sentencias de instancia. He aquí un sólido obstáculo frente al eventual intento del recurrente de desviar hacia el Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer del recurso mediante la invocación “ex novo” de una norma de derecho privativo.
- e) Tampoco resulta admisible la cita indiscriminada de una ley para fundar el recurso, sino que han de citarse los concretos preceptos de

la misma que se consideran conculcados. No es función del tribunal de casación examinar cuál sea la norma infringida por la sentencia recurrida entre las varias que integran un texto legal.

- f) El recurso, en todo caso, se da contra la sentencia de la Audiencia Provincial, no contra la del Juzgado.

El escrito de interposición finalizará con la solicitud de que se tenga por interpuesto el recurso, de que se estime, se case la sentencia recurrida y de que, en lugar del fallo que ésta contiene, se dicte en su lugar otro acorde con los fundamentos de la impugnación. El recurrente también puede solicitar en este momento que se celebre vista, si le conviene informar oralmente en defensa de sus pretensiones antes de que el recurso se resuelva.

El art. 481.2 dispone, como regla general aplicable a todos los recursos de casación, que al escrito de interposición se acompañe certificación de la sentencia impugnada. Se trata de una exigencia difícil de explicar y desafortunada. Pues no se ve para qué se somete al recurrente a la carga de adjuntar al escrito dicha certificación cuando ocurre que al tribunal de casación se le remiten, para resolver el recurso, los autos originales (art. 482.1), en los cuales ha de obrar, obligatoriamente, certificación literal de la sentencia que dictó la Audiencia (art. 212.2). Una imposición inútil y absurda, en suma, llamada a su pronta desaparición por fuerza de desuso.

En los supuestos de casación para unidad de doctrina, el art. 481.2 requiere que se acompañe además “texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional”. El uso del vocablo “texto” podría interpretarse en el sentido de que cualquier forma es apta para acreditar el contenido literal de tales sentencias, sean copias simples, fotocopias u otro modo cualquiera que permita conocerlo, incluida su publicación en revistas jurídicas especializadas. Sería un error entenderlo así. Esas sentencias tienen que presentarse, según se infiere del art. 482, precisa y exclusivamente por medio de certificación comprensiva de la integridad de su redacción, en la que, además, habrá de constar su condición de firmes y la fecha en que la adquirieron. Otra cosa es que el recurrente no haya logrado obtener tales certificaciones a tiempo de unir las al escrito de interposición. Bastará entonces con presentar el texto en cualquier forma y aun con no presentarlo. Pero el recurrente deberá en tal caso pedir del tribunal de casación que reclame la pertinente certificación de los tribunales que deben expedirla, aunque acreditando por cualquier procedimiento que la solicitó infructuosamente dentro de plazo.

Podría pensarse, en fin, que no será menester aportar certificación de las sentencias dictadas por el propio tribunal competente para decidir el recurso, dado que todo órgano judicial debe conocer sus propias resoluciones y, en todo caso, tiene a su disposición el texto de todas ellas. Mas con todo, dicha certificación será necesaria o, cuando menos, que se acompañe una copia fiable de esas sentencias, pues de otro modo podría causarse menoscabo al derecho de defensa de la parte recurrida, a la que no se puede gravar con la carga de averiguar por sus medios el tenor de tales resoluciones para articular con eficacia su oposición al recurso.

El escrito de interposición y documentos adjuntos debe presentarse ante la Audiencia que dictó la sentencia recurrida dentro de los veinte días siguientes a aquél en que se notificó al recurrente la providencia que tuvo por preparado el recurso. Si no se hace, la Audiencia dictará auto (art. 206.2.2º, párrafo segundo), declarando desierto el recurso e imponiendo al recurrente las costas causadas, si las hubiere, devengo que será poco habitual, habida cuenta de la nula intervención que se concede al recurrido en las fases de preparación e interposición del recurso. Contra dicho auto cabe recurso de reposición y, de fracasar éste, el de queja (arts. 494 y 495.1).

### **Remisión de las actuaciones**

El único cometido que la LEC encarga a la Audiencia Provincial en relación con el escrito de interposición es comprobar que el recurrente lo ha presentado dentro de plazo. No le confiere facultad alguna de vigilar que la redacción del mismo satisfaga los requisitos que establece el art. 481 ni que se adjuntan las certificaciones de sentencias a que alude este precepto. De ahí que, evacuado el trámite en plazo, el órgano de instancia debe proceder sin más, de acuerdo con el art. 482.1, a remitir los autos originales al tribunal al que compete resolver el recurso. Este tribunal –Supremo o Superior de Justicia– será el que el propio recurrente haya designado en el mencionado escrito. No obstante, si se han interpuesto varios recursos de casación por otras tantas partes litigantes, unos fundados en la infracción de normas de derecho común y otros en la de normas de derecho civil privativo de una Comunidad Autónoma, deben enviarse todos al Tribunal Superior de Justicia.

La remisión se efectúa aunque el recurrente no haya aportado las certificaciones de sentencia necesarias, en su correspondiente supuesto, al objeto de acreditar la contradicción en que el recurso se basa. Si no pudo

obtenerlas por sí dentro del plazo de interposición, incumbe al tribunal de casación reclamarlas de quienes deban expedirlas. El art. 482 no lo indica. Mas se entiende que, para que el tribunal lo haga, la parte debe pedírselo, acreditando a la vez que intentó sin éxito obtener la certificación o certificaciones oportunas dentro del tiempo hábil para presentarlas.

La novedad más destacada de este trámite consistía, primitivamente, en que el art. 482 prescindía del emplazamiento de las partes a fin de que comparecieran ante el tribunal llamado a conocer de la casación. La medida —en sí razonable—, estaba provocando en la práctica no pocas vacilaciones e inconvenientes. Posiblemente por ello la disposición final tercera de la L. 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha reformado el artículo en el sentido de imponer ahora que se emplace a las partes ante el tribunal de casación por término de 30 días. Del precepto no cabe extraer, empero, la idea de que la incomparecencia en plazo del recurrente provoca que el recurso deba declararse desierto. La ley no lo previene ni tendría justificación que lo hiciera. La pretensión impugnativa queda definitivamente deducida en el escrito de interposición, el cual se presenta ante la Audiencia. De ahí que la personación del recurrente ante el tribunal Aad quemæ no resulte imprescindible y que su falta no empañe la operatividad del recurso ni conlleve el perecimiento del mismo. La comparecencia, pese a todo, constituye una carga cuya inobservancia genera consecuencias adversas para los litigantes. De no personarse pierden todos, en efecto, la oportunidad de ser oídos sobre la competencia del tribunal (art. 484) y acerca de las causas de inadmisión que éste considere existentes (art.483.3). Los recurridos, por su lado, pierden, además, la de formular al comparecer alegaciones en contra de la admisión del recurso (art. 480) y, sobre todo, la de formalizar en su momento el escrito de oposición (art. 485).

Eso sí; la introducción del trámite de emplazamiento posee la virtualidad de detener el curso de los autos. En tanto no haya transcurrido su plazo por completo o hayan comparecido todos los litigantes ante el Tribunal Superior, éste no puede pasar a la fase de admisión del recurso, con lo que se preserva el derecho de los interesados a intervenir en ella. Aquí radica la mayor utilidad de la medida.

### **La fase de admisión**

A partir de la recepción de los autos originales, la sustanciación del recurso prosigue y se culmina ante el tribunal de casación. Esta segunda y

última etapa principia con la fase de admisión, cuyo objetivo radica en permitir que tribunal Aad quemæ efectúe un examen preliminar de la pretensión casacional destinado a constatar que se ha formulado válidamente y sin obstáculos que impidan la emisión de un pronunciamiento sobre su fondo. La comprobación se centra en dos aspectos, ambos básicamente procedimentales: que la preparación está libre de defectos que hayan pasado desapercibidos para la Audiencia Provincial, y que la interposición del recurso se ajusta a los requerimientos dispuestos por la ley. En cambio, más dificultoso va a resultar ahora proyectar ese examen sobre la valía y entidad de la fundamentación en que se asienta el recurso. El art. 483, en efecto, no recoge entre las causas de inadmisión la falta manifiesta de fundamento ni la circunstancia de que ya se hayan desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, circunstancias que sí estaban previstas en el antiguo art. 1.710.3. El tribunal, por lo demás, goza de soberanía para decidir en punto a la admisión del recurso sin vinculación alguna a la previa resolución de la Audiencia. Como declara jurisprudencia constante, las normas que regulan el acceso a la casación tienen el carácter de imperativas, de Aius cogensæ o de derecho necesario, sin que puedan ser modificadas por el principio dispositivo ni por la voluntad concurrente de las partes, obligando a los propios tribunales, que han de acusar su infracción incluso de oficio.

La nueva LEC se aparta también de la regulación anterior en que suprime en este trámite la intervención del Ministerio Fiscal que antaño se le atribuía a fin de que dictaminara sobre la admisibilidad o no del recurso o de alguno de sus motivos (art. 1.709 de la LEC de 1881) y, en su caso, acerca del tribunal competente para conocer de la casación cuando podía ser otro distinto de aquél al que se había dirigido el recurrente (art. 1.731); actuación del Ministerio Público sin justificación verdadera en un campo donde se ventilan de ordinario conflictos privados y que no gozaba del favor de la doctrina.

Las causas de inadmisión del recurso las enumera el art. 483.2. El precepto las distribuye en tres números distintos, cuando en realidad habría bastado con agruparlas en dos: defectos en la preparación y defectos en la interposición. El ordinal tercero es superfluo y, además, incompleto. Superfluo, porque si el número uno del apartado ya consigna como causa de improcedencia del recurso que la sentencia no sea recurrible, claro está que tal proposición engloba la falta de encaje de la resolución judicial en cualquiera de los supuestos de recurribilidad en casación que estatuye el

art. 477.2. Sobra por ello dedicar luego un número tercero a repetir esos supuestos como si de causas de inadmisión diferentes de aquélla se trataran. Y es además incompleto, porque olvida que hay sentencias que, sin haber recaído en asuntos valorados en cuantía superior al mínimo que fija el art. 477.2.2. y carentes de interés casacional, tienen también acceso a la casación, como son las que fallan procesos en materia de tutela civil de derechos fundamentales.

Respecto de los vicios de la preparación del recurso, el art. 483.2.1 menciona el carácter no recurrible de la sentencia y la existencia de cualquier defecto de forma no subsanable en que se hubiese podido incurrir al cumplimentar dicho trámite. En el primer concepto entran las resoluciones judiciales de las que están ausentes los requisitos que establece el art. 477.2 y que las hace susceptibles de casación en sus casos respectivos: bien por no resolver sobre protección de derechos fundamentales o controversias de cuantía económica suficiente, bien, en fin, porque no existen las alegadas oposición a doctrina jurisprudencial o la contradicción con otras sentencias, o porque aplican una norma de vigencia superior a cinco años o sobre la que ya se ha formado doctrina al aplicar esa misma norma u otra anterior de contenido igual o similar; esto es y en otras palabras, porque la resolución del recurso no presenta el interés casacional que se invocó a la hora de promoverlo.

En el concepto segundo se comprenden los defectos insubsanables que padezca el acto de preparación. Merecen esta consideración la presentación del escrito fuera de plazo y la inobservancia de las exigencias relativas a la alegación de existencia de interés casacional en los recursos acogidos a este especial cauce de impugnación. Entrañan esa inobservancia omitir en el escrito la expresión de la infracción legal cometida o la cita de sentencias contradictorias, carecer las citadas de la cualidad de firmes, no identificar el núcleo básico de la contradicción o, en su caso, no mencionar cuál es la nueva norma que se estima mal aplicada. Pueden producir el efecto de inadmisión del recurso, asimismo, la falta en el escrito de preparación de los requisitos generales de validez de los actos de parte y el incumplimiento de los requisitos especiales a los que el art. 449 subordina el ejercicio de los recursos en determinados procesos. Pero, en la medida en que sean defectos subsanables, sólo darán lugar al rechazo si no son efectivamente subsanados.

El otro bloque de causas de inadmisión proviene del incumplimiento de la normativa rectora del acto de interposición del recurso (art. 483.2.2º). Con arreglo a la literalidad del art. 481, son constitutivos de este tipo de



defectos la presentación tardía del pertinente escrito, o que éste se encuentre desprovisto de toda fundamentación o, en su caso particular, de todo razonamiento relativo al tiempo de vigencia de la norma infringida o conducente a demostrar la inexistencia de doctrina jurisprudencial que la concierna; a los que hay que sumar de nuevo el incumplimiento de los requisitos exigibles con carácter general a todo acto procesal de parte. La formalización del recurso debe inexcusablemente satisfacer además otras exigencias capitales de validez que, si el escrito las desatiende, justifican también una decisión inadmisoria total o parcial. Esto ocurre si el escrito —o algún motivo— no cita las normas erróneamente interpretadas o aplicadas en la instancia, o las que cita no son aptas para fundar la casación, o si adolece de falta radical de claridad y precisión en el planteamiento de las cuestiones objeto del recurso.

Igualmente, en la figura de recursos por interés casacional, es causa de inadmisión específica el cambio de fundamentación respecto de la que se adujo al prepararlos; que no se citen ahora sentencias tendentes a evidenciar la oposición de la recurrida a la doctrina jurisprudencial o su discrepancia con otras resoluciones; o que, por causa achacable al recurrente, no se aporten las preceptivas certificaciones de tales sentencias.

A las descritas causas de inadmisión del recurso han de sumarse dos más: que el recurrente no se halle legitimado para recurrir por no afectarle desfavorablemente la sentencia impugnada (art. 448) y que se planteen como motivos de casación cuestiones propias del recurso extraordinario por infracción procesal. Esta última, por supuesto, siempre que no se acepte la tesis, correcta a mi juicio, de que la casación civil autonómica abarca en su seno las materias a que se refiere el art. 469 de la LEC.

El art. 483.2, frente a lo que preveía el art. 1.710.3 de la LEC antigua tras la reforma que llevó a cabo la Ley 10/1992, de 30 de abril, no considera causas para inadmitir el recurso su falta manifiesta de fundamento ni que ya se hayan desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. La operatividad de esta última causa no fue grande en la práctica, puede que por el esfuerzo que comporta acotar elementos reveladores de igualdad sustancial en el campo de los litigios que generan los multiformes conflictos privados. Dicha causa se suple ahora con ventaja, gracias al requisito del interés casacional, en los recursos que se formulan a través de este cauce, aunque podría conservar alguna utilidad para cegar impugnaciones estériles en los recursos que se amparan en los apartados 1 y 2 del art. 477.2. Menos convincente parece la supresión de la carencia manifiesta de

fundamento en el elenco de supuestos que facultan para no admitir el recurso. El legislador calibra posiblemente que la casación para unidad de doctrina atraerá el mayor número de recursos y piensa que, en esta modalidad, la exigencia del interés casacional actuará de freno contra las pretensiones claramente insostenibles. Sin embargo, no cabe pasar por alto que las modalidades de oposición a doctrina jurisprudencial y de la llamada jurisprudencia contradictoria dejan un margen amplísimo de oportunidades al litigante habilitoso para formular el recurso, más aún cuando el ámbito objetivo de la casación abarca la casi totalidad de la actividad procesal declarativa de las Audiencias Provinciales en una esfera jurídica de por sí tan extensa como es la que comprende el orden jurisdiccional civil. Habría sido prudente, por ello, conservar dicho supuesto de inadmisión y de este modo prestar cobertura al tribunal *Aad quemæ* para que evalúe la consistencia de la pretensión impugnativa y poder rechazar *Ain limineæ* las que, de forma patente, no ofrecen posibilidad alguna de éxito, como pueden ser las que despliegan una argumentación contradictoria o contravienen las exigencias de la buena fe procesal (art. 247), así como también los motivos que combaten extremos consentidos, o que plantean cuestiones nuevas o hacen supuesto de la cuestión o que denuncian la infracción de normas sin relación alguna con la controversia litigiosa; defectos todos y otros similares afectantes al contenido del recurso que, si no es forzando la letra del art. 483.2, no pueden en principio dar lugar a una decisión de inadmisión en este justo momento.

En la LEC 2000 el trámite de admisión del recurso presenta la notable peculiaridad de que el art.483.3 ordena a la Sala que, antes de resolver, ponga de manifiesto la posible causa de inadmisión a fin de que las partes personadas puedan alegar lo que estimen oportuno. La regla tiene como precedentes los arts. 211 y 223.1 de la LPL y, sobre todo, el art. 93.3 de la LJCA, del que es reproducción sustancial. Con su traslado al proceso civil la LEC pone fin a la situación anterior, justamente censurada por quebrantar los principios de audiencia y de igualdad de partes, en que el tribunal de casación decretaba la inadmisión definitiva de los recursos sin escuchar previamente a los interesados, con la única excepción de que entendiera que ya había resuelto con anterioridad otros recursos sustancialmente iguales, en cuyo caso la Ley preveía la audiencia, pero sólo para el recurrente.

En puridad estricta, la audiencia previa sólo se requiere cuando la Sala estime fundada la posibilidad de que, efectivamente, concurra una causa de inadmisión, sea fruto de su apreciación propia o como consecuencia de las

alegaciones efectuadas al respecto por la parte recurrida al comparecer (art. 480.2), mas no en caso contrario. Ello no obstante, conviene abrir el trámite sobre todas las causas de inadmisión que haya podido oponer el recurrido, al margen de su acierto, ya que de este suerte la Sala puede desestimarlas en esta fase y evitar así tener que pronunciarse sobre ellas en la sentencia, si el recurrido vuelve otra vez a plantearlas al formalizar su escrito de oposición (art. 485).

La audiencia previa procede, tanto si la posible inadmisión afecta a la totalidad del recurso o sólo a motivo o motivos individuales. Únicamente se concede a las partes personadas, recurrente y recurrida, de manera que la inadmisión puede decretarse sin ella cuando para entonces todavía no ha comparecido ante el tribunal litigante alguno. La providencia que acuerda la audiencia debe, de otro lado, indicar con suficiente claridad de qué causas de inadmisión se trata y cuáles son las circunstancias que pueden producirla, así como conceder a las partes un plazo común de diez días para que presenten sus alegaciones por escrito.

La decisión de la Sala sobre la admisión del recurso se toma por resolución en forma de auto y puede ser total o parcial. Es total si consiste en la admisión o inadmisión de la totalidad de motivos articulados por el recurrente. Parcial, si admite algunos motivos pero no el resto. Caso de inadmisión total, el auto declara la firmeza de la sentencia recurrida y ordena que se devuelvan las actuaciones a la Audiencia de su origen. Si las causas de inadmisión, en cambio, afectan sólo a motivos singulares, el auto los declara inadmitidos, admite los demás y ordenará que continúe la tramitación del recurso.

La aplicación del principio de audiencia en la fase de admisión conlleva la consecuencia de que esté vedado acordar la inadmisión del recurso o de algún motivo por razón de causas respecto de cuya concurrencia el tribunal no haya recabado previamente la opinión de las partes. Por consiguiente, no se podrá fundar la inadmisión en causas distintas de aquéllas concretas que la citada providencia puso de manifiesto a la partes para que alegaran sobre la existencia de las mismas lo que estimaran procedente. De manera que, si al efectuar estas alegaciones el recurrido aduce otras nuevas, la Sala no podrá apreciarlas hasta la sentencia, salvo que dé al recurrente un nuevo traslado y plazo para argumentar y poder así dejar la cuestión zanjada.

Ciertos defectos, finalmente, no acarrearán la inadmisión del recurso si antes no ha dispuesto el recurrente de la oportunidad de subsanarlos. Es el

caso de la falta de acreditación documental de que la parte ha satisfecho las cantidades o constituido los depósitos y consignaciones que prescribe el art. 449.6. y en general de aquellos susceptibles de subsanación con arreglo al principio del art. 231 por tratarse de actos donde, pese a todo, se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos legales, pero siempre con el límite de que la subsanación no signifique en realidad realizar tardíamente el acto que no se ejecutó dentro de su plazo. La falta de firmas en los escritos de preparación e interposición es defecto subsanable. También lo es la falta de aportación del texto de las sentencias contradictorias. Así lo viene entendiendo en la casación laboral la Sala 4ª del TS (A. 1 abril 97, por todos) . El trámite de subsanación sólo será necesario, desde luego, si en el escrito de interposición la parte no ha solicitado ya del tribunal que reclame la certificación pertinente. Ahora bien, lo subsanable es la falta de aportación de la certificación, no que la parte no intentara obtenerla dentro del plazo para interponer el recurso. Por ello, el tribunal de casación no la pedirá de quien deba librarla y el defecto deviene insubsanable si el recurrente no le acredita ahora que procuró conseguir la certificación a tiempo (art. 482).

En cuanto a la falta de exposición del derecho fundamental vulnerado o de la infracción legal cometida en el escrito de preparación de recursos que se amparan en los números 1 y 2, respectivamente, del art. 477.2, y que pasó inadvertida para la Audiencia, el defecto queda subsanado, en mi opinión, merced a la fundamentación del escrito de interposición si éste aparece confeccionado en forma correcta.

El auto que resuelve, en cualquier sentido, sobre la admisión de la casación es irrecurrible, de acuerdo con el art. 483.5; medida que, a diferencia de la LEC anterior, resulta ahora justificada, incluso en lo que atañe a la decisión de inadmisión, en cuanto que ésta se dicta después haber oído a las partes en posición de igualdad sobre la procedencia o no de acordarla.

### **Decisión sobre la competencia en trámite de admisión**

La circunstancia de que la competencia para conocer del recurso de casación se reparta entre varios tribunales, el Supremo y ciertos Tribunales Superiores de Justicia, en función directa de la motivación que el recurrente articule, obliga al tribunal ante el que se deduce cada concreto recurso a analizar si legalmente le corresponde resolverlo.

Este análisis, conforme dispone el art. 484.1 ajustadamente a la naturaleza de presupuesto procesal primario propia del elemento de la competencia funcional, ha de efectuarlo el propio tribunal de oficio, en el trámite de admisión y con carácter previo, antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso. Para el supuesto de que no se considere competente, ordena el precepto que, antes de hacer tal declaración, oiga la opinión de las partes sobre el tema, dándoles al efecto un plazo de diez días. La consulta a las partes no procede, pues, en el caso de que el tribunal no vea razones para dudar de su competencia, ni siquiera en la hipótesis de que el recurrido la haya impugnado al personarse (art. 480.2).

Por coherencia con el art. 483.3, debe interpretarse que esta audiencia se concede sólo a las partes personadas; de manera que no será menester si ante el tribunal todavía no ha comparecido ninguna. Ni aun aquí prevé la LEC la actuación del Ministerio Fiscal, lo que mal se acomoda con la misión que el art. 3.8 del Estatuto Orgánico de éste (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) le encomienda de mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales, promoviendo conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia e interviniendo en las promovidas por otros.

Cumplido el trámite de audiencia, si la Sala persiste en su idea inicial, dictará auto (art. 206.2.2) declarando su falta de competencia para conocer del recurso y ordenando que se remitan las actuaciones al tribunal que reputa competente y que se emplace a las partes para que comparezcan ante el mismo en el plazo de otros diez días.

Dicho auto debe notificarse a todas las partes procesales, incluso a las no personadas ante el tribunal de casación. Éstas últimas tienen derecho a saber que el recurso va a ser resuelto por un órgano judicial distinto de aquél al que la Audiencia les comunicó que había enviado las actuaciones, pues conservan el de comparecer en cualquier momento durante la tramitación del recurso para ejercitar las facultades que previene la Ley. Si desconocen que ese tribunal ha cambiado, la comparecencia ante el mismo puede dificultarse y retrasarse hasta resultar de eficacia baldía. Además, la personación que ante el Tribunal Supremo puede resultarle al litigante gravosa o molesta, cabe que le convenga si la debe efectuar ante un tribunal más cercano, como normalmente lo será el Superior de Justicia.

Con arreglo al apartado segundo del art. 484, la Sala calificada de competente por el primer tribunal continuará la sustanciación del recurso

desde el trámite de admisión, una vez que haya recibido las actuaciones y se hayan personado ante ella las partes. Esta personación, sin embargo, no es condición de que la tramitación del recurso continúe ni, menos, la incomparecencia del recurrente conlleva que el recurso se declare desierto. En la nueva LEC la casación puede tramitarse por el tribunal “ad quem” hasta terminar con sentencia sin intervención alguna de las partes. El precepto ha de interpretarse igualmente en el sentido de que no cabe reanudar la tramitación del recurso en el nuevo tribunal hasta tanto no haya transcurrido el plazo de diez días concedido a las partes para que comparezcan. Se evita con ello el peligro de que dicho tribunal acuerde la inadmisión total o parcial del recurso sin que las partes hayan dispuesto de un tiempo razonable para personarse y, por tanto, sin que se les haya otorgado la audiencia previa que el art. 483.3 prescribe.

Cuando es el Tribunal Supremo el que recibe las actuaciones está facultado para examinar todavía su competencia y, si concluye que, pese a todo, carece de ella, retornar el recurso al Tribunal Superior de Justicia que se lo envió; algo que estos tribunales, por el contrario, no pueden hacer, ya que el art. 484.3 les prohíbe declinar la competencia para conocer de los recursos que el Tribunal Supremo les haya remitido. Distinto tratamiento que es una muestra más de la posición de primacía institucional que ostenta el Supremo sobre el resto de órganos jurisdiccionales ordinarios.

Aun así, la prohibición de este art. 484.3 entiendo que encuentra una salvedad. La competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de la casación se les atribuye por la Ley en virtud del mero dato formal de que el recurso invoca la infracción de, al menos, un precepto propio del ordenamiento civil privativo de la correspondiente Comunidad Autónoma, aunque a la par aduzca la de otros de derecho común, lo que implica que, de algún modo, el recurrente escoge el órgano que ha de resolver su recurso. Y no sólo el suyo, sino también los que otras partes distintas hayan interpuesto contra la misma sentencia, por más que éstos se funden exclusivamente en la vulneración de normas de ámbito estatal, pues todos deben ventilarse acumulados. En tales casos, la competencia en favor del Tribunal Superior se fija sobre la base de la pretensión impugnativa formalmente deducida y, como se ha visto, antes de decidir acerca de la admisibilidad del recurso. La cuestión surge después, en el supuesto de que el motivo o los motivos que determinan la competencia del Tribunal Superior se inadmitan; situación que plantea el interrogante de si este tribunal continúa siendo competente para conocer del resto de los motivos

y acaso recursos, todos ya fundados en normas de derecho común, o si la competencia corresponde al Tribunal Supremo. De estas dos alternativas, la segunda parece la correcta. Es factible, por consiguiente, una alteración de la competencia funcional sobrevenida por razón de la inadmisión total o parcial del recurso. Las normas rectoras de la competencia funcional pertenecen al orden público procesal, son de derecho necesario, y la primera de esas soluciones significaría facilitar a las partes la posibilidad de manipularlas y de defraudarlas al compás de su particular conveniencia con sólo proponer motivos de recurso ficticios. Mantener el recurso en manos del Tribunal Superior traicionaría además el interés público de crear jurisprudencia que subyace en la casación; pues ni la formará el Tribunal Superior con sus pronunciamientos, ni el Tribunal Supremo podrá aprovechar el asunto para formarla con los suyos. Considero por ello que, en las casaciones de contenido mixto, si los motivos que aducen infracción de ley civil privativa no superan el control de la admisión, el Tribunal Superior debe declinar la competencia a favor del Tribunal Supremo para que se pronuncie sobre los demás motivos que formaliza el mismo recurso o sobre los eventuales recursos de casación que hayan podido entablar otros litigantes.

### **Oposición de los recurridos**

La LEC 2000 inserta el trámite de oposición de las partes recurridas tras la resolución que decide favorablemente la admisión del recurso, sea en la totalidad de sus motivos o sólo parcialmente, repitiendo de esta suerte el modelo de la LEC derogada. El art. 485 no lo especifica, en contraste con su paralelo art. 474, precepto que regula idéntico trámite en el recurso por infracción procesal; pero parece obvio que el ejercicio de la facultad de oponerse queda reservado a los litigantes personados ante el tribunal de casación, no a los incomparecidos. Nótese la desigualdad con que la LEC trata en este aspecto a las partes. Mientras favorece al recurrente consintiendo que formalice su recurso ante la Audiencia Provincial, grava al recurrido con la carga de comparecer ante el tribunal de casación si quiere impugnarlo, con lo que le obliga a realizar unos gastos que, en cambio, ahorra a la parte contraria. Más razonable y, sobre todo, equitativo habría sido, por ello, establecer que el acto de oposición se evacuara también ante el tribunal de instancia, a semejanza de lo que el art. 461 determina en el recurso de apelación.

La oposición se formaliza mediante un escrito para cuya presentación se concede a los recurridos un plazo de veinte días, que empieza a correr para cada uno desde que se les notifica el auto de admisión del recurso. Manda la Ley que previamente se les dé traslado del escrito de interposición y de sus documentos adjuntos. La precaución es reiterativa, ya que, en aplicación de la regla general sobre entrega de copias de escritos y documentos que dicta el art. 273, en su día, esto es, cuando se aportaron a los autos, la parte contraria les debió facilitar copia de todos ellos. Y así lo presupone la propia LEC cuando contempla que los recurridos puedan, antes de que se haya verificado aquel traslado, formular objeciones a la admisión del recurso; algo que, obviamente, no podrán hacer si desconocen su contenido. La LEC reitera aquí en forma mimética la disposición del art. 1.710 de la LEC anterior para la antigua casación, en la que el escrito de interposición se presentaba ante el tribunal Aad quemæ en el término del emplazamiento y no se otorgaba a los recurridos participación alguna hasta después de la admisión del recurso.

El escrito de oposición equivale a una contestación al de interposición del recurso. Su finalidad consiste en que, como exige el principio de contradicción, la parte recurrida puede alegar cuanto considere útil en contra de la pretensión casacional en la medida en que ésta subsista, es decir, en relación con los motivos admitidos, pues como es lógico carece de sentido prestar ahora atención a los que no lo fueron. El recurrido también tiene aquí la ocasión de solicitar que el recurso se falle previa celebración de vista.

En dicho escrito la parte recurrida tiene aún ocasión de aducir las causas de inadmisibilidad que considere existentes y que no han sido ya rechazadas por el tribunal, sean causas nunca alegadas con anterioridad, sean causas ya invocadas pero sobre las cuales el órgano judicial no se pronunció. El tribunal, entonces, habrá de resolver sobre ellas en la misma sentencia. Pero, habida cuenta del principio de audiencia que inspira la ordenación de la LEC en todo lo relativo a la admisión del recurso, antes deberá dar al recurrente oportunidad de refutar las alegaciones del recurrido, para efectuar lo cual no resta ya otra actuación posible que la celebración de vista.

### **Votación y fallo. Vista**

El art. 486.1 prevé que, transcurrido el plazo para oponerse de que disponen los recurridos y hayan presentado o no escrito de oposición, la



Sala señale “día y hora para la celebración de vista o, en su caso, para la votación y fallo del recurso de casación”.

En los tribunales colegiados el informe oral ofrece la ventaja de que, al facilitar a los miembros de la Sala un conocimiento directo y personal de las cuestiones objeto de debate por boca de los propios interesados, estimula la deliberación interna entre los juzgadores y favorece la toma de decisiones realmente compartidas, cualidad particularmente exigible en los pronunciamientos con eficacia creadora de doctrina jurisprudencial, aunque bien es verdad que el acto presenta el inconveniente del tiempo que consume. La LEC, sin embargo, quizá sensible a la carga del trabajo que pesa sobre el Tribunal Supremo, —que no sobre los Tribunales Superiores de Justicia, siquiera por ahora—, concibe la vista con carácter excepcional, ya que sólo la impone cuando todas las partes coinciden en solicitarla. Fuera de este supuesto de voluntad unánime de los litigantes, la celebración de vista queda al criterio de lo que la Sala “considere conveniente para la mejor impartición de la justicia”, según la expresión algo enfática que emplea el art. 486.2. El precepto, así pues, faculta al tribunal para valorar con libertad absoluta, en orden a que haya o no informe oral, cualquier tipo de factores relevantes, como pueden ser la complejidad técnica del asunto, su trascendencia jurídica o su repercusión social.

Existen, no obstante, dos hipótesis en que, habiendo partes personadas, la vista debería acordarse: a) si la Sala aprecia de oficio la posible concurrencia de vicios de los que generan la nulidad radical de las actuaciones procesales; y, b) cuando el recurrido, al formalizar su oposición al recurso, ha alegado causas de inadmisibilidad no rechazadas aún y estime la Sala que, “prima facie”, cuentan con algún fundamento. La vista es necesaria en estos casos, porque, en el primero, la nulidad de actuaciones no puede decretarse de oficio sin previa audiencia de las partes (art. 240.2 LOPJ); y en el segundo, con la finalidad de preservar el principio de audiencia que impera en cuanto concierne a la apreciación de causas de inadmisión.

El art. 486 fija el orden de actuación de las partes en el acto de vista, disponiendo que informe el recurrente en primer lugar y luego el recurrido. Si hay varias partes, la prioridad entre los recurrentes la determina la fecha de interposición de sus recursos respectivos, y entre las partes recurridas la de su comparecencia ante el tribunal. No atiende la Ley, en cambio, a la situación de recursos contradictorios, es decir, cuando una misma parte es a la vez recurrente y recurrida. Lo razonable entonces es que comience el

acto con las alegaciones de defensa e impugnación relativas al primero de los recursos interpuestos y, una vez expuestas todas, se conceda de nuevo la palabra a las partes para que, por el orden que corresponde a la posición procesal que ahora ocupan, informen en relación con el segundo recurso y, en su caso, los sucesivos. Antes de finalizar el acto, además, debe concederse de nuevo la palabra a las partes para que puedan rectificar hechos o conceptos por mandato del art. 185.4.

Los informes, en todo caso, han de ajustarse al objeto del debate según quedó delimitado por el escrito de interposición del recurso y el ulterior auto de admisión de la Sala conjuntamente. En la vista el recurrente no puede introducir motivos nuevos ni defender los inadmitidos, aunque sí exponer argumentos nuevos o desarrollar los ya apuntados y, por supuesto, renunciar a alguno de los motivos de recurso que superaron el control de admisión o bien desistir de alguno de sus pedimentos iniciales.

## **Sentencia**

El recurso de casación se resuelve siempre por medio de sentencia. Para dictarla basta que la Sala se componga de tres magistrados (art. 196 LOPJ). La LEC no exige nunca mayor número de miembros, acabando así con la regla especial del antiguo art. 1.712, que imponía la asistencia de cinco magistrados en los procesos que versaran sobre derechos fundamentales o en materia de filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas.

Ahora bien, la disciplina de la nueva casación se orienta con claridad a convertir este recurso en instrumento seguro y eficiente de creación jurisprudencial antes que en un simple mecanismo de protección de los intereses particulares que se ventilan en el pleito. La consecución de ese logro, de relevancia general, resulta incompatible, sin embargo, con la pervivencia de líneas doctrinales en el seno de un mismo órgano, —el lamentable fenómeno de la “doctrina de ponente”, que tan mal dice de la actuación colegial de ciertos tribunales y tanto desconcierto produce—. Erradicar esta situación donde la haya y evitar ese peligro en el futuro debe ser objetivo prioritario de todo tribunal de casación. Si la falta de respeto a los propios precedentes lesiona el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley en cualquier órgano jurisdiccional, salvo que razone satisfactoriamente el cambio de criterio, mucho más grave e inaceptable es que caiga en ese comportamiento errático e incoherente el

tribunal al que se le encomienda la tarea de complementar el ordenamiento jurídico con sus decisiones. La pertenencia a un tribunal de casación reclama de sus integrantes intensificar el esfuerzo de actuar de manera armónica y coordinada, acudiendo, si fuere preciso, a la convocatoria de la Sala general que previene el art. 197 de la LOPJ a fin de discutir y unificar puntos de vista en las cuestiones que provoquen discrepancias entre los magistrados. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ofrece un magnífico ejemplo de ello. A esta misma razón obedece la práctica que ha instaurado el Tribunal Superior de Baleares de formar sala con todos sus componentes cuando de resolver recursos de casación se trata.

Poca atención destina la LEC, por lo demás, a pormenorizar los efectos que la sentencia de casación produce según el diferente sentido de sus pronunciamientos. Con referencia a los recursos previstos en los números 1 y 2 del art. 477.2, el art. 487.2 apenas si alcanza a establecer que la sentencia confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida sin precisar en qué casos procede lo uno o lo otro. Pese a ello, debe entenderse que, tanto en estos supuestos como en otros cualesquiera –los de recurso por interés casacional–, si el tribunal considera infundada la totalidad de motivos de impugnación, es decir, en el caso de la sentencia desestimatoria, el fallo confirmará la sentencia de apelación, la declarará firme y ordenará que se devuelvan las actuaciones al tribunal de donde provienen. Estos mismos pronunciamientos corresponde dictar, asimismo, cuando se aprecia en este trámite alguna causa de inadmisión del recurso antes inadvertida, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial de que, en sentencia, las causas de inadmisión se convierten en causas de desestimación.

En materia de costas procesales y si parece totalmente el recurso, rige, como regla general, el principio objetivo del vencimiento. La novedad de la LEC 2000 en este aspecto radica en que el juego combinado de los arts. 394.1 y 398.1 facultan ahora al tribunal para dejar de imponerlas al recurrente si aprecia de manera razonada que el asunto presenta serias dudas de hecho o de derecho que lo justifique. Esta flexibilidad, llevada ahora al campo de los recursos extraordinarios, merece aplauso. Guarda coherencia con el concepto legal de la casación que prima el “*ius constitutionis*” sobre el “*ius litigatoris*”. Prudentemente aplicada, puede conjurar el peligro de que el natural temor a soportar el costo económico del recurso disuada de llevar a casación problemas jurídicos de solución incierta y por ello especialmente necesitados de un pronunciamiento con valor jurisprudencial que los clarifique.

Debe observarse, en fin, que la sentencia desestimatoria sirve para crear jurisprudencia al igual que la estimatoria; en el bien entendido, desde luego, de que la desestimación sea fruto del enjuiciamiento de fondo de los motivos de recurso y no consecuencia de la inadmisión de los mismos.

Caso de estimación del recurso la Ley no detalla qué ha de hacerse cuando se casa la sentencia en los supuestos que contemplan los números 1 y 2 del art. 477.2. El silencio legal suscita la duda acerca de cómo se sustituye la sentencia anulada: si por el sistema de reenvío al tribunal de instancia o con arreglo a un sistema mixto, en que resuelve sobre el fondo el propio órgano de casación. La segunda alternativa resulta a buen seguro la correcta, tanto por ser acorde con la tradición histórica como en virtud de una aplicación analógica de lo que establecen el art. 487.3 y la regla séptima del apartado primero de la Disposición Final Decimosexta. El olvido de la norma positiva, con todo, resulta aquí clamoroso y no puede dejarse de llamar la atención sobre el mismo.

Respecto de los recursos por interés casacional, el art. 487.3 sí previene, en cambio, que la sentencia casará la resolución impugnada si considera fundado el recurso, y que acto seguido resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia. Parece, pues, que la estimación de un motivo es requisito necesario, y a la par suficiente, para casar la sentencia recurrida. La afirmación, sin embargo, debe matizarse.

El tribunal de casación, de entrada y aunque de modo excepcional, puede dejar sin efecto la sentencia de apelación por circunstancias no aducidas por el recurrente. Así habrá de acordarlo de oficio si en este preciso momento se percata de la existencia de deficiencias procesales que comprometan la validez de la decisión de fondo. El art. 240.2 de la LOPJ, en la redacción introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, restringe esa posibilidad a los supuestos de ausencia de los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y a la competencia objetiva o la funcional. Cuesta aceptar, no obstante, que la norma signifique la prohibición tajante de que el tribunal aprecie otro tipo de carencias y obstáculos productores de idénticos efectos anulatorios. La validez del proceso es materia indisponible, que no puede abandonarse a la voluntad y mera conveniencia de los litigantes. No cabe por ello privar de plano al tribunal de casación de la potestad de anular de oficio las actuaciones o parte de ellas si adolecen de alguna causa que lo haga de todo punto inevitable: defectos de capacidad de

alguna de las partes o de legitimación, interferencia negativa de la cosa juzgada, falta de litisconsorcio pasivo necesario o que la sentencia recurrida carezca de los elementos capitales que precisa para ser reconocida como tal resolución judicial.

De otro lado, la acogida de un motivo no conlleva necesariamente la del recurso, si los pronunciamientos de la sentencia impugnada han de confirmarse con base en fundamentación distinta. Lo ha venido declarando de esta suerte jurisprudencia reiteradísima, partiendo de que el recurso se entabla contra el fallo y no contra sus fundamentos y con el fin de evitar el paradójico resultado de anular una sentencia para repetir de inmediato toda su parte dispositiva. Aun así la técnica tiene algo de discutible, ya que la desestimación del recurso de alguna manera oscurece y resta vigor a la declaración por el tribunal de casación del recto sentido de la norma que en la instancia fue mal interpretada y aplicada.

Cuando el tribunal da lugar al recurso, casa la sentencia recurrida y, sin devolver las actuaciones a la Audiencia, entra a resolver el fondo del litigio en posición idéntica a la del tribunal de apelación y, por tanto, sin otras limitaciones para valorar el conjunto del material litis decisorio, fáctico y jurídico, que las que derivan del principio de congruencia y la prohibición de la “*reformatio in peius*” (art. 465.4). Todo lo hace en una sola y misma sentencia, si bien, en puridad, únicamente sirve para crear jurisprudencia la decisión de casación —“*iudicium rescindens*”—, y no la que resuelve en concreto la controversia planteada entre los litigantes —“*iudicium rescisorium*”—.

En la casación unificadora conviene notar también que el tribunal no se encuentra vinculado por las tesis que mantienen las respectivas sentencias confrontadas, sino que puede escoger y declarar como acertada una tercera. Los pronunciamientos de la sentencia de casación en esta modalidad de recurso aclara la LEC, de otra parte, y como antes si hizo notar, que no afectan en ningún caso a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias contrarias a la impugnada que se hubieren invocado. He aquí uno de los peores inconvenientes de esta modalidad del instituto. Resulta ineludible que no merme la eficacia de cosa juzgada material que posee la sentencia de contraste. Pero es natural también que cause sensación de frustración y sentimientos de desigualdad e injusticia en el litigante a quien se confirma, al cabo, que su pleito fue fallado con arreglo a criterios jurídicos que luego son declarados erróneos merced a un recurso de casación interpuesto por otro, pero al que, sin embargo, él no tuvo posibilidad de acceder por falta de suficientes resoluciones demostrativas de la existencia de contradicción.

Una sola sentencia, aun dictada en la modalidad de “interés casacional”, no constituye, en fin, jurisprudencia. No obstante, la primera que se pronuncia, sobre todo si lo es por Sala general, tiene la fuerza de un precedente que es legítimo esperar será ratificado en el futuro sin fisuras por el tribunal que la dictó, por lo que su efecto resulta equivalente, si no mucho más robusto, que el de la jurisprudencia resultante de la casación ordinaria.

En la casación para la unidad de doctrina la sentencia impugnada se anula exclusivamente a causa de que infringió la concreta norma legal que había sido aplicada antes en sentido diferente por otros órganos judiciales. Pero el tribunal de casación, y pese a lo que puede dar a entender la redacción del art. 487.3, no se limita a resolver lo que corresponda dentro los límites en que se mueve la contradicción. Al resolver acto seguido el fondo de la controversia litigiosa ocupa el lugar de un tribunal de apelación, por lo que puede corregir también cualesquiera otros errores de enjuiciamiento que hubiere cometido aquella sentencia, aunque tales errores, por sí solos, fueren inidóneos para fundar el recurso.

La estimación del recurso de casación, en fin, excluye la condena en costas procesales de cualquiera de los litigantes, de conformidad con el art. 398.2.